

MARÍA ISABEL CARDOSO SERRANO

EL DERECHO COMUNITARIO

**“LA SUPRANACIONALIDAD DEL DERECHO COMUNITARIO
DENTRO DEL ORDEN JURÍDICO INTERNO DE LOS ESTADOS”**

Trabajo de Conclusión de Carrera (TCC), presentado como requisito parcial para la obtención del Grado en Derecho de la Facultad de Derecho “Ramiro Borja y Borja” especialización mayor en Derecho Internacional, especialización menor en Derecho Empresarial.

UNIVERSIDAD DEL PACÍFICO

Cuenca, Abril, 2013.

CARDOSO, María Isabel, La supranacionalidad del Derecho Comunitario dentro del orden jurídico interno de los Estados. Cuenca: UPACIFICO, 2012, 171p. Directora: Dra. Catalina Aguilar. (Trabajo de Conclusión de Derecho-TCC presentado a La Facultad de Derecho “Ramiro Borja y Borja” de La Universidad del Pacífico).

Resumen: La presente tesis abordara el proceso de integración y los principios del Derecho Comunitario mediante un estudio comparado de la Unión Europea y la Comunidad Andina de Naciones. Se analiza el concepto de Soberanía y Control Constitucional como puentes generadores de procesos de integración. También, el papel importante que juega la transferencia de competencias soberanas regidas bajo el principio de subsidiariedad y proporcionalidad por parte de la Comunidad. La incidencia de los principios de aplicación inmediata y efecto directo, la primacía dentro del orden jurídico interno de los Estados y en consecuencia la supranacionalidad del Derecho Comunitario.

Palabras Claves: Derecho Comunitario, Soberanía, Control Constitucional, Atribución de Competencias, Principio de Subsidiariedad, Principio de Proporcionalidad, Aplicabilidad Directa, Efecto Directo, Primacía, Supranacionalidad.

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Yo, María Isabel Cardoso Serrano declaro ser el autor exclusivo del presente trabajo de conclusión de carrera.

Todos los efectos académicos y legales que se desprendieren de la misma son de mi responsabilidad.

Por medio del presente documento cedo mis derechos de autor a la Universidad Del Pacífico para que pueda hacer uso del texto completo de la tesis a título “**LA SUPRANACIONALIDAD DEL DERECHO COMUNITARIO DENTRO DEL ORDEN JURÍDICO INTERNO DE LOS ESTADOS**” con fines académicos y/o de investigación.



MARIA ISABEL CARDOSO SERRANO

Cuenca, 1 de Abril del 2013.

CERTIFICACIÓN

Yo, Dra. Catalina Aguilar, docente de la Facultad de Derecho “Ramiro Borja y Borja” de la Universidad Del Pacífico, como director de la presente tesis, certifico que la señorita María Isabel Cardoso Serrano, egresada de esta institución, es autora del presente trabajo, el mismo que es auténtico, original e inédito.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Catalina Aguilar', is written over a horizontal dashed line.

Dra. Catalina Aguilar

Directora de Tesis

Cuenca, 1 de Abril del 2013


DOCUMENTO DE CONFIDENCIALIDAD

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la Obtención del grado de Abogada de los Tribunales de la Republica del Ecuador de la Universidad Del Pacifico, autorizo a la Biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, según como lo dictamina la L.O.E.S. 2010 Art. 144.

Cinco copias digitales, de ésta tesis de grado quedan en custodia de la Universidad Del Pacífico, las mismas que podrán ser utilizadas para fines académicos y de Investigación.

Para constancia de este compromiso, suscribe,



Ing. Oswaldo Webster

Pro Rector (e)

Cuenca, 1 de Abril del 2013

*El transformarse es la constante,
“Un hombre puede nacer, pero a fin de nacer tiene primero que morir,
y a fin de morir tiene, primero, que despertar.”*

*A Dios por todas sus bendiciones,
A mi hermosa familia con infinita gratitud.*

ÍNDICE

pág.

INTRODUCCIÓN	2
---------------------------	---

CAPÍTULO I:

DERECHO INTERNACIONAL GENERAL, ORGANIZACIONES INTERNACIONALES,

COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES.

I.A. Breve Historia del Derecho Internacional General.....	8
I.A.1. Sistema Internacional.....	11
I.A.1.a. Relaciones Internacionales.....	12
I.A.1.b. Comunidad Internacional.....	15
I.B. Organizaciones Internacionales.....	19
I.B.1. Organizaciones Internacionales de tipo Regional.....	23
I.B.1. a. Comunidad Andina de Naciones (CAN).....	24
I.B.1.a.(1). Ordenamiento Jurídico en la Comunidad Andina.....	26
I.B.1.a.(1).(a). Normativa originaria o primaria en la CAN.....	28
I.B.1.a.(1).(b). Normativa derivada o secundaria en la CAN.....	28
I.B.1.a.(2). Órganos e Instituciones de la Comunidad Andina.....	30

CAPÍTULO II:

RELACIÓN DE SOBERANÍA Y CONTROL CONSTITUCIONAL CON EL DERECHO COMUNITARIO

II.A. La Soberanía concepto primordial en la generación de procesos de Integración.....	39
II.B. Constitucionalismo y Derecho Comunitario.....	45
II.B.1. Formulas Habilitantes para una Integración regional en Ecuador.....	45
II.B.1.a. Formulas Puente Perfecta, Declarativa y Procesal en la Constitución Ecuatoriana.....	50
II.B.2. Control y Supremacía Constitucional en el Ecuador.....	55

II.B.2.a. Funciones de la Constitución.....	58
II.B.2.b. Tipos de Control Constitucional.....	59
II.B.2.c. Efectos generados por el Control Constitucional	63
II.B.2.d. Control Constitucional <i>a priori</i> del Derecho Comunitario, una aclaración de supremacía Constitucional.....	64
II.B.2.e. El control Constitucional <i>a posteriori</i> en el Derecho Comunitario.....	67
II.B.2.e.(1). Control Constitucional en los Estados Miembros de la Unión Europea.....	69
II.B.2.e.(1).(a).Control <i>a posteriori</i> en la Unión Europea, manejo de la normativa derivada.....	73
II.B.2.e.(2).Control Constitucional en los Estados Miembros de la Comunidad Andina.....	76
II.B.2.e.(2).(a).Control <i>a posteriori</i> en la Comunidad Andina, manejo de la normativa derivada.....	81

CAPÍTULO III:

ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS, SUBSIDIARIEDAD Y PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO COMUNITARIO.

III.A. Atribución de Competencias.....	86
III.A.1. Clasificación de Competencias atribuidas.....	89
III.A.1.a. Competencias Exclusivas.....	90
III.A.1.b. Competencias Compartidas.....	93
III.A.1.c. Competencias Implícitas.....	95
III.B. Principio de Subsidiariedad.....	95
III.B.1. Aplicabilidad del Principio de Subsidiariedad.....	101
III.C. Principio de Proporcionalidad.....	103
III.D. Competencias de la Comunidad Andina, subsidiariedad.....	107

CAPÍTULO IV:

APLICACIÓN DIRECTA, EFECTO DIRECTO, PRIMACIA Y SUPRANACIONALIDAD DEL DERECHO COMUNITARIO.

IV.A. Aplicación Directa.....	114
IV.B. Efecto Directo.....	122
IV.B.1. Efecto Directo Vertical y Horizontal.....	126
IV.C. Primacía del Derecho Comunitario, concurrencia de principios.....	127
IV.C.1. Primacía del Derecho Comunitario en la Unión Europea.....	129
IV.C.2. Primacía del Derecho Comunitario en la Comunidad Andina.....	133
IV.D. Supranacionalidad del Derecho Comunitario.....	138

CAPÍTULO V:

ANÁLISIS DE SENTENCIA PROCESO 07-AI-99 DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.

V.A. Antecedentes.....	149
V.A.1 Observaciones.....	151
V.A.2 Análisis.....	153
V.A.3 Sentencia, Conclusión.....	157
CONCLUSIONES	159
BIBLIOGRAFÍA	167
ANEXOS	173

INTRODUCCIÓN.

El Derecho Internacional, muy trascendental en la actualidad, ha tenido un desarrollo sin precedentes en el siglo XX como ahora a inicios del siglo XXI. La *arena internacional* ha visto nacer nuevos actores, que se crean por la necesidad de los tiempos modernos, para generar vínculos jurídicos que respondan de manera más apropiada al desarrollo económico y social de los estados. Estos vínculos jurídicos, rompen las barreras territoriales de los países, dando paso a la creación de comunidades supranacionales.

Es así que, el desarrollo de la normativa internacional, trajo consigo el Derecho de Integración o Comunitario. Las Organizaciones Internacionales, parte primordial del sistema internacional, tuvieron una evolución significativa, pues mientras que al inicio sólo se observaban organismos intergubernamentales que únicamente podían exigir la cooperación internacional, ahora nos encontramos que con la cesión de competencias soberanas por parte de los estados, éstas se han revestido de autonomía, independencia y personalidad jurídica; han pasado a ser legisladores e incidir de manera directa en los estados con miras a cumplir con los objetivos de la integración.

En consecuencia, todo apunta a que la generación de bloques económicos es el camino a seguir por parte de los estados, que por medio de sus representantes, miran al futuro con la meta de generar una integración económica, política y cultural profunda para mejorar el nivel de bienestar de sus ciudadanos, la empresa privada, pública, la administración, entre algunos de los ejemplos. La Comunidad Andina, tema que nos concierne, se encuentra muy presente en nuestra realidad: Ecuador, Perú, Colombia y Bolivia forman parte de este proceso de integración que es muy importante en la región, hablamos de un organismo supranacional sólido, que se ha gestado por más de cuatro

décadas, incidiendo fuertemente en el ordenamiento jurídico interno de los países miembros, que mediante la creación de órganos supranacionales, responde a una voluntad de integración que se traduce en el desarrollo de objetivos comunes, con miras a cruzar por las diferentes etapas del proceso de integración, que busca un desarrollo económico y social sostenible de los estados pertenecientes al bloque económico, para así, mejorar la posición de los países miembros en el contexto económico interno como internacional.

Ante el objetivo de una mayor comprensión del proceso de integración en nuestra región, hemos generado una investigación profunda y sistemática de los conceptos básicos necesarios para la comprensión del Derecho Comunitario. La integración es compleja y está llena de matices muy interesantes en derecho, los principios del Derecho Comunitario que revisten a los órganos comunitarios de supranacionalidad deben ser comprendidos y analizados no sólo por los estudiosos del Derecho, sino por todos los sujetos que conforman una comunidad de integración, como son los estados miembros y sus funciones, los ciudadanos, los empresarios, órganos y organismos, autoridades judiciales y administrativas, entre otros.

Cuando hablamos del Derecho Comunitario y su incidencia en los estados miembros, tenemos varios elementos que son importantes analizar; como primer punto, la soberanía, que es el principio cardinal de la teoría del estado, pasa de ser un concepto inamovible de “soberanía exclusiva” a transformarse en una “soberanía divisible”, pues en el Derecho Comunitario la unión de las soberanías estatales es la que produce la comunidad, mediante la cesión de competencias, antes retenidas exclusivamente por los estados.

Paralelamente, al inicio de esta investigación, se propuso aclarar la problemática de la convivencia de la normativa interna con la comunitaria, todo eso se desarrolló mediante el análisis de la Constitución de los países miembros de la CAN (Comunidad Andina) y de la UE (Unión Europea), logrando dilucidar la problemática con la propia constitución pues es la salvaguarda su propia supremacía a través del control constitucional, así como con las fórmulas detonantes y habilitantes de Derecho Comunitario, por lo tanto, la constitución es un cuerpo normativo decisivo, que nos dirige por un proceso consecuente, donde los países signatarios del tratado constitutivo de la comunidad, imponen al mismo, un control constitucional *a priori*, que verificará que el tratado no vaya en contra de la carta magna, para que así, *a posteriori* la normativa comunitaria originaria como derivada, no genere conflicto con el ordenamiento jurídico interno.

Por ende, una vez ratificado el tratado constitutivo, opera la atribución de competencias a los órganos comunitarios que tendrán la potestad de emitir resoluciones y directivas, que deberán ser incorporadas de manera inmediata al ordenamiento jurídico interno de los estados miembros, sin necesidad de que se cumplan las formalidades de recepción de cada país, y que tendrá efecto directo que proporcionará a los sujetos de la comunidad derechos y obligaciones que podrán ser exigidos en sus propios tribunales, los jueces se convierten en jueces comunitarios que harán prevalecer la normativa comunitaria por sobre la interna. El desarrollo jurisprudencial de estos temas es muy rico y variado tanto en la Unión Europea como en la Comunidad Andina, donde se tomará en cuenta las resoluciones de los distintos tribunales durante la investigación.

En consecuencia, la soberanía y su evolución, la constitución con su control constitucional, atribución de competencias con la aceptación de los principios del Derecho Comunitario, nos llevan a la supranacionalidad que implica el reconocimiento por parte de los estados miembros de los principios de aplicabilidad directa, efecto directo y primacía de la normativa comunitaria, los órganos supranacionales tienen la capacidad de tomar decisiones *erga omnes* que afectan las relaciones exteriores o asuntos internos de los estados sin previo consentimiento de estos.

La Comunidad Andina con sus instituciones supranacionales han dado paso a la inclusión del Derecho Comunitario en nuestras naciones; donde nos encontramos inmersos en una integración regional muy importante, una de las más maduras en la región y en el mundo, por lo cual, su entendimiento es primordial para que se profundice el proceso. Por eso, comprender los recursos que tenemos como ciudadanos andinos, los órganos e instituciones de la CAN, las obligaciones que hemos adquirido, y más; nos darán una mirada más objetiva de este tipo de derecho que es muy positivo para el desarrollo económico y social de nuestras naciones.

CAPÍTULO I:

DERECHO INTERNACIONAL GENERAL,

ORGANIZACIONES INTERNACIONALES,

COMUNIDAD ANDINA.

I.A. Breve historia del Derecho Internacional General.

Calogero Pizzolo explica que el Derecho Internacional General, en la etapa previa a la aparición del Derecho Internacional como tal, se constituye, por la necesidad entre los pueblos vecinos de pactos de paz, alianzas, relaciones de intercambio, etc., que obligó a las personas a generar vínculos con la celebración de tratados, usando intermediarios que representaran al soberano para generar dichos pactos. Los emisarios para generar el acuerdo se consideraban protegidas por las divinidades y el pacto final sagrado. Entonces surgen las primeras normas internacionales: *fidelidad de los tratados y la inviolabilidad de los tratados*.

Hugo Grocio a partir de la noción presentada por teólogos españoles, quienes consideraban que las naciones constituían una comunidad cristiana basada en el Derecho Natural, genera a comienzos del siglo XVII el llamado *jus voluntarium Gentium*, basado en las reglas emergentes de acuerdos expresos que ligaban a los estados. Considerado como los cimientos del Derecho Internacional General, y los estados caracterizándose por ser comunidades jurídicamente independientes y políticamente distintos entre sí produce un desarrollo fuerte del Derecho Internacional en Europa.

En Europa en 1648, finaliza tras la firma de los tratados de Münster y de Osnabrück, la Guerra de los Ochenta Años¹ que había en España y los Países Bajos, y la Guerra de 30

¹ Guerra que fue librada por las 17 provincias de los Países Bajos contra la corona española, con el fin de obtener la independencia, inicio en 1568 hasta 1648.

años² de Alemania, el tratado puso fin a una guerra de treinta años, a esto se le llamó la paz de Westfalia. Se dice entonces que se genera una nueva etapa del Derecho Internacional pues a través del tratado se conseguía un equilibrio político en Europa, que en la época estaba dividida en: tres casas reinantes formadas por España, Francia e Inglaterra; estados como los Países Bajos, Prusia y Suecia; mientras que Europa Central se encontraba fraccionada en más de trescientos estados soberanos. El equilibrio político antes mencionado se desarrolló a base del principio de igualdad jurídica de los Estados sin diferencia alguna entre ellos, así ninguno de ellos podría alcanzar la hegemonía sobre el otro; a través de todo esto se pretendió la búsqueda de soluciones a las controversias entre naciones. Se advierte la aparición de convenios interestatales de tipo bélico, político así como de tipo comercial.

La Revolución Francesa (1789) y la de Estados Unidos (1776), significó un cambio en la concepción de la soberanía, ahora recaería en el pueblo, el desarrollo apresurado de los derechos individuales y con su difusión en las revoluciones generó una enorme influencia en las relaciones internacionales, se esclarecían los principios e instituciones del Derecho Internacional: igualdad jurídica de los Estados, extradición, derecho de extranjeros, arbitraje, cláusula de la nación más favorecida, etc.

Durante el siglo XIX, con la activa participación de las naciones europeas, se consagra el principio de intervención y consultas internacionales en casos de conflictos entre naciones. Se generaron tratados con el fin de humanizar las guerras, además como la

² Guerra librada en Europa Central (Alemania) entre 1618 y 1648, con la intervención de grandes potencias europeas de la época. Inicio como conflicto religioso que con el pasar de los años se convirtió en la búsqueda de equilibrio político, pues se había convertido en una guerra general.

protección de víctimas, tenemos entonces: el Convenio de Ginebra (1864) sobre el trato a militares heridos en tiempo de guerra; la Declaración de San Petersburgo con la prohibición de determinadas armas; la Haya (1899 y 1907) con sus Convenciones y Declaraciones que buscaban medios alternativos de solución de controversias internacionales.

A partir del siglo XX donde, tras la primera Guerra Mundial, se da la aparición de la Sociedad de Naciones (1919), la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Organización del Trabajo (OIT), su creación responden a la necesidad de hacer uso de estos instrumentos para la planificación, coordinación de las relaciones internacionales suscitadas entre los estados que generaban vínculos internacionales. Tras la Segunda Guerra Mundial en 1945 se crea la Organización de las Naciones Unidas (ONU), su labor sería el desarrollo progresivo del Derecho Internacional, es una organización que obligó a generar una mirada consciente del desarrollo y subdesarrollo de los estados, regula las relaciones diplomáticas, lo relativo al Derecho de los Tratados, etc., se genera la cooperación internacional en el ámbito económico y social; es una organización que también busca el mantenimiento de la paz y seguridad mundial.

Calogero Pizzolo agrega que, hasta este punto el Derecho Internacional aportó de manera muy amplia a la matriz de normativa originaria, se hablaba de un derecho de *asociación y cooperación*, de un *derecho de coordinación*. Es un derecho que va evolucionando, entonces para el autor se produce una metamorfosis de las relaciones internacionales, nos dice:

[...] Inmediatamente después de finalizada la Segunda Guerra Mundial aparece en el interior del orden jurídico internacional una variante

normativa hasta el momento no tenida en cuenta. A los órganos internacionales de carácter *intergubernamental* se suman los de carácter *supragubernamental* [...] que se transforman en legisladores, por encima de los estados, dando origen a un *derecho de subordinación*: el Derecho Comunitario, variante normativa del entonces Derecho Internacional general dominante. (66, 70)

En su aparición, el Derecho Comunitario se distingue del Derecho Internacional, ya que el primero, es un orden normativo que busca desarrollar un proceso de integración; el segundo se basa en la idea de la cooperación internacional. También tenemos que el Derecho Comunitario, si bien tiene origen en los tratados constitutivos, genera normativa derivada ampliamente tratada por los órganos supranacionales que la conforman; el Derecho Internacional es un Derecho Convencional.

I.A.1. Sistema Internacional.

El Derecho Internacional se encuentra en un desarrollo sin precedentes, desde sus inicios con pactos bilaterales de tipo bélico o comercial, ahora nos encontramos que el Derecho Internacional abarca desde la cultura, economía, guerra tanto civil como internacional, educación, trabajo, etc., hablamos de que la llamada *arena internacional* y sus actores, se han ido expandiendo de acuerdo a la necesidad de los tiempos modernos, con el desarrollo de las comunicaciones, desarrollo económico y los objetivos de los estados de generar un proceso acelerado de bienestar político y social, por esa razón las relaciones internacionales no deja de estar íntimamente ligada con la política de un estado y sus instituciones. El Derecho Internacional y sus relaciones están divididos en: “*sistema de*

las relaciones internacionales” o “relaciones internacionales”, y “comunidad internacional”.

I.A.1.a. Relaciones Internacionales.

Manuel Becerra Ramírez nos dice que para una mejor comprensión y análisis de los fenómenos internacionales tenemos que entender que forman parte de un sistema que se denomina “*relaciones internacionales*”, es así que:

[...] las relaciones internacionales son un sistema con un componente múltiple: sujetos del derecho internacional, las organizaciones estatales que no constituyen organizaciones internacionales [...], diferentes organizaciones internacionales de carácter privado (organizaciones profesionales, políticas, culturales, etcétera), aún algunos sujetos individuales internacionales como por ejemplo los árbitros internacionales. Estos componentes se encuentran regulados y enlazados por la política internacional y diferentes tipos de normas: el derecho internacional, la moral internacional, y la cortesía internacional. (11)

El autor G.I. Tunkin las nos dice que las *Relaciones Internacionales*:

[...] en la literatura soviética generalmente se definen como ‘un conjunto de vínculos e interrelaciones jurídicas, diplomáticas y militares entre los pueblos, entre los estados y sistemas estatales, y entre las

fundamentales fuerzas sociales, económicas y políticas y las organizaciones que actúan en la arena internacional³. (13)

Expandiendo el concepto Tunkin señala que el académico N. N. Inozemtsev define que:

‘Las relaciones internacionales, al expresar relaciones de base y de superestructura del interior de los estados, como sujetos de las relaciones internacionales, representan un conjunto de vínculos y de relaciones recíprocas de tipo económico, volitivo, ideológico, jurídico, diplomático y militar, y otros vínculos e interrelaciones entre los estados y sistemas estatales, entre las clases principales, entre las fundamentales fuerzas sociales, económicas y políticas, y entre las organizaciones y movimientos sociales que actúan en la arena mundial, es decir entre los pueblos en el sentido más amplio de la palabra.’⁴ (14)

Definición muy amplia pues nos muestra que los vínculos internacionales son de todo tipo, no sólo se habla de que los únicos que están dentro de la arena internacional son los estados, sino todos los sujetos tanto jurídicos como naturales que la componen forman parte del proceso tanto personas individuales como en organizaciones, empresas, etc.

El momento en que se generan los vínculos jurídicos que sobrepasan las barreras territoriales, provee a los estados de derechos y obligaciones que no deberá incumplir, en

³ Citado por G.I. Tunkin de *Mezhdunarodniye otnosheniya posle utorio mirovoi voiny* (Relaciones Internacionales después de la Segunda Guerra Mundial), Moscú, 1962, vol. I, p. 17.

⁴ Citado por G.I. Tunkin de Inozemtsev, N. N., *Leninsky Kursmezh dunarodnoi politiki KPSS* (El curso leninista de la política internacional del PCUS), Moscú, 1978, p.11.

base a la cooperación internacional y a la reciprocidad. Forman parte ahora de una comunidad supranacional a base del derecho originario internacional, y en específico, si se trata de un proceso de integración y hablamos del derecho comunitario, en palabras de Molina del Pozo⁵:

[...] el Derecho Comunitario se va a distinguir del orden jurídico internacional sobre la base de dos puntos esenciales. En primer lugar, el orden jurídico internacional es un orden basado fundamentalmente sobre la idea de cooperación, mientras que el comunitario es un orden destinado a desarrollar un proceso de integración. En segundo lugar, el Derecho internacional es esencialmente un derecho convencional, mientras que el Derecho comunitario, si bien tiene su origen en los tratados fundacionales, será ampliamente desarrollado por las instituciones comunitarias [...] las cuales disponen de un auténtico poder normativo que es generador de lo que se ha dado en llamar Derecho comunitario derivado [...] (70)

En otras palabras, las relaciones internacionales, se dan por medio de vínculos jurídicos que regulan las actividades entre dos o más naciones, trascienden las fronteras estatales a través de la cooperación internacional, el Derecho Internacional general se da a través de los tratados que son el derecho originario, el Derecho Comunitario tiene la misma modalidad, sus tratados fundacionales generan organizaciones supranacionales, con la diferencia que, el segundo, tiene poder normativo que genera derecho comunitario derivado

⁵ Citado por Calogero Pizzolo de: Molina del Pozo, Francisco Carlos: Manual de derecho de la Comunidad Europea, editorial Trivium S.A., Madrid, 1997, p 451.

que los países miembros tendrán que acatar, en base a los principios del derecho comunitario y para el correcto desarrollo del proceso de integración.

En síntesis, G.I Tunkin agrega:

El derecho internacional es un sistema legal específico que se distingue de los sistemas legales de un estado en particular. Es un sistema jurídico amplio y de rápida expansión que incluye varias ramas: el derecho de los tratados, el derecho de las organizaciones internacionales, la responsabilidad en el derecho internacional, [...] etcétera.

El derecho internacional es un subsistema normativo del sistema internacional, que posee los atributos básicos del derecho; es un fenómeno volitivo-estatal; sistema de normas jurídicas, que regulan determinadas relaciones sociales [...] (35)

Las relaciones internacionales, en definitiva son los actos generadores de vínculos jurídicos a través de la voluntad de las naciones que generan derechos y obligaciones para los sujetos de la Comunidad Internacional, que siempre deberá tener en cuenta la cooperación internacional, la lealtad y el principio de reciprocidad en sus actos.

I.A.1.b. Comunidad Internacional.

Se habla de sujetos del Derecho Internacional y de los actores del Sistema Internacional, al respecto Tunkin expone:

[...] Los sujetos del derecho internacional son los estados, las organizaciones interestatales, los pueblos que luchan por su liberación.

Los sujetos del sistema internacional, aparte de los señalados del derecho internacional, son, [...] diferentes uniones interestatales, las cuales no son sujetos del derecho internacional. A pesar de ello, el derecho internacional regula directa o indirectamente todas las relaciones entre los sujetos del sistema internacional. (65)

En otras palabras, los actores del derecho internacional y los actores (sujetos) del sistema internacional son distintos:

El primero se compone, de los Estados, las organizaciones internacionales, El Comité Internacional de la Cruz Roja, organizaciones parecidas a las estatales como es la Iglesia Católica o la Soberana Orden Militar de Malta, los pueblos que luchan por su liberación y como se sabe muchos otros nuevos sujetos se perfilan para ser sujetos del Derecho Internacional, aunque la doctrina no ha llegado a consenso. Estos organismos están relacionados directamente con el Derecho Internacional y sus principios, pero también a estos se les atribuye un catálogo de derechos y obligaciones; y su fundamentación jurídica se encuentra no solo en su estatuto sino también en el Derecho Internacional General. Son sujetos que tienen personalidad jurídica, capaces de obligarse y con autonomía económica y de decisión, en el siguiente tema a tratar se desarrollara más el tema al hablar de las organizaciones internacionales.

Los actores del sistema internacional son mucho más amplios, pues a más de los que anteriormente se expuso, se suman actores que presentan diferentes uniones interestatales

que no son sujetos del Derecho Internacional, aunque cabe indicar que el Derecho Internacional regula directa o indirectamente todas las relaciones entre los sujetos del sistema internacional. Se habla de que a pesar de no ser considerados sujetos del Derecho Internacional, estos pueden ejercer influencia indirecta por la vía de regulación de la conducta de los Estados, en palabras de Tunkin. (66)

El anterior autor señala en el libro que:

‘si definimos a los actores como entidades que poseen decisión autónoma, que ejercen influencia en los recursos y valores, y que interactúan con otras entidades parecidas a través de las fronteras estatales, entonces debemos ampliar el marco de los actores y agregar las entidades no estatales. Los actores no estatales, sobre todo, incluyen a organizaciones transnacionales como las corporaciones multinacionales, asociaciones internacionales de tipo religioso, organizaciones científicas y también grupos privados que operan a través de las fronteras estatales (ya sean compañías aéreas, terroristas, o fundaciones diversas).’⁶ (15)

Manuel Becerra apunta a que:

El derecho internacional tiene como sujeto, a entidades muchas veces muy complejas como son por ejemplo los estados, que tienen entre sí muchas diferencias en lo que se refiere a su nivel de desarrollo económico, social y cultural; es decir, el derecho interno tiene como sujetos a los

⁶ G.I. Tunkin citando a: Stanley, Hoffmann, *Primacy or World Order*, Nueva York, 1980, pp. 112 - 113.

individuos y a las personas morales, entidades menos complejas que el conjunto de estados que interactúan en las relaciones internacionales. (12)

Se dividen a los actores del Derecho Internacional en dos categorías: primarios y secundarios. Los primeros son aquellos que pueden influir, en mayor o menor grado, o dirigir el desarrollo de la situación internacional, ejemplo: estados, organizaciones internacionales, compañías multinacionales⁷ y transnacionales. Los segundos son parte del derecho internacional pero no juegan un papel preponderante en la arena internacional, ejemplo: individuos, pueblos, grupos particulares, etc.⁸ (15)

Los actores del Derecho Internacional general, llamada Comunidad Supranacional, está por encima de los estados individuales, René-Jean Dupuy⁹ explicó a la comunidad de la siguiente forma: ‘El Estado –escribe él- no posee más el monopolio de la coacción legal. Grupos particulares la utilizan en la arena internacional, en su calidad de participantes legales... la comunidad internacional –escribe en otro lugar- implica obligaciones para todos’ (17)

⁷Es importante mencionar El Derecho Internacional Privado, pero no como parte de la investigación general, ya que se convierte en una especie de árbitro en conflictos internacionales que se pueden generar entre algunos de los actores de la arena internacional dirimiendo conflictos de leyes nacionales de diferentes actores internacionales para decidir qué autoridad y normas prevalecen en determinada relación. Es parte del Derecho Privado, es una rama que se preocupa por los intereses particulares de los individuos y que necesita de la norma interna de los estados porque por sí sola no resuelve conflictos con elementos extranjeros. Cuando se da un choque entre derechos propios nacionales de elementos extranjeros y hay duda de cuál debe ser el Derecho Regulador el Derecho Internacional provee directrices para resolverlos pues remite a un ordenamiento que es el que habrá de regularla, por ejemplo: La concordancia legal o armonía legal, el domicilio, lugar de cumplimiento, y más, por todo esto estamos hablando de que El Derecho Internacional tiene carácter de norma indirecta.

⁸ Definición de P. Gonidec y R. Charvin, Franceses, citados en el Libro de G.I. Tunkin.

⁹ Citado por G.I. Tunkin de Dupuy, René-Jean, “*Communauté Internationale et disparités de Développement*”, *Recueil de Cours*, La Haya, vol 165 (1979), 1981, p. 222.

I.B. Organizaciones Internacionales.

Las organizaciones internacionales son parte central del sistema internacional y su derecho, estas han tenido un gran desarrollo durante los últimos años, pues la cesión de competencias por parte de los estados a ellas, su autonomía y personalidad jurídica propia, inciden directamente en el orden jurídico interno y externo de los estados, así como ha modificado también la forma en que se concebía la soberanía de las naciones, para el fenómeno antes descrito Manuel Sobrino manifiesta:

Uno de los rasgos más sobresalientes de la sociedad internacional contemporánea es la presencia y proliferación de organizaciones internacionales [...] que dan vida a unos sujetos independientes dotados de voluntad propia destinados a alcanzar unos objetivos colectivos [...] a lo largo del presente siglo, al ampliarse y diversificarse su campo de actuación que, en la actualidad, abarca la práctica totalidad de las actividades humanas.

(29)

G.I. Tunkin considera a las organizaciones internacionales como “sujetos derivados del derecho internacional” que nacen a través de un tratado internacional y que su fundamentación jurídica no es sólo el estatuto sino el derecho internacional general (65). En cambio Manuel Becerra, en su libro *Derecho Internacional Público* nos dice que no considera a las organizaciones internacionales como “sujetos derivados” sino como sujetos independientes y al mismo nivel que los demás sujetos del derecho internacional. (21)

Las organizaciones internacionales tienen características propias de su naturaleza, tenemos entre ellas que son creadas por medio de tratados internacionales; tienen personalidad jurídica y voluntad propia; tienen su propio estatuto y reglamento interno que norma su actividad interna, su competencia conferida no es territorial sino que es funcional, lo que quiere decir que si su competencia cae sobre ciertas materias, que pueden ir desde económicas, culturales, de educación, etc.

Manuel Becerra también nos dice que, tomando en cuenta la personalidad jurídica de las organizaciones internacionales, esta les faculta de mantener relaciones diplomáticas con los estados miembros u otros terceros, así pone de ejemplo a la ONU que tiene representaciones diplomáticas en sus estados miembros. Por otra parte, nos dice él, las organizaciones internacionales tienen una estructura interna común para todas ellas llamado ‘estructura trinitaria orgánica’¹⁰ que se refiere a que las organizaciones comúnmente tienen: un órgano representativo de los estados miembros, o llamados asamblea general, consejo de ministros, etc.; un órgano ejecutivo, conocido comúnmente por los nombre de consejo de administración, junta de administración, consejo de seguridad; y un órgano administrativo al que se le denominaría secretaría general.(21)

Manuel Sobrino en *Integración y supranacionalidad* destaca que las organizaciones internacionales se rigen bajo el “principio de especialidad” que, “[...] inspira todo su régimen jurídico; es decir, va a estar limitada a los objetivos y funciones que les fueron confiados, tal y como aparecen enunciados o pueden deducirse de sus tratados constitutivos y han sido desarrollado en la práctica [...]” (30)

¹⁰ Manuel Becerra citando a: Medina, Manuel, *Las organizaciones internacionales*, 2ª. Ed., Madrid, Alianza Universidad, 1979, p. 54.

Es precisamente por el “principio de especialidad” que queda plasmado dentro de los tratados constitutivos y por las competencias conferidas que se llegan a dividir las distintas Organizaciones Internacionales. En relación con lo anterior Sobrino especifica que:

El reparto de competencias entre la organización y sus miembros es un criterio que nos permite, precisamente, distinguir entre aquellas organizaciones internacionales –las más numerosas– a las que sus estados miembros nos han cedido el ejercicio de competencias soberanas y que se proponen simplemente instituir una cooperación entre los mismos y coordinar sus actividades con vistas a la satisfacción de unos intereses comunes; y, aquellas otras organizaciones –la excepción– en las que se produce una transferencia real del ejercicio de competencias soberanas, aceptando sus estados miembros limitar –aunque sólo sea en materias restringidas– sus competencias , sometiéndose de este modo a una autoridad exterior y superior a los mismos que se concentra en las instituciones de la organización [...] (30)

Becerra clasifica de forma similar a los organismos internacionales basándose en si su competencia es *Universal o Regional*, entonces tenemos que la primera se da cuando a la organización se le ha conferido una competencia general, sin importar la región como por ejemplo, la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), la Organización Mundial de la Salud (OMS), entonces los estados

miembros que forman parte de estos organismos provienen de todas partes a nivel mundial. Por su parte a las organizaciones con competencia regional nacieron de acuerdos multilaterales entre naciones que comparten una misma región, estas transfieren competencias soberanas que permite que sus decisiones sólo tengan aplicación en el territorio de dichos estados, como ejemplo tenemos: la Comunidad Andina (CAN), Mercado Común del Sur (MERCOSUR), la Organización de Estados Americanos (OEA), el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), etc. (21, 22)

Es importante señalar la diferencia de las clasificaciones anteriores, es muy distinto hablar de los organismos *universales* a *regionales*. Cuando hablamos de un organismo *universal* lo primero que se nos viene a la cabeza es la Organización de las Naciones Unidas, con 193 Estados miembros es el mayor organismo a nivel mundial, las atribuciones que se le ha otorgado se generó por la búsqueda del bienestar mundial y proteger a la sociedad en general de las consecuencias de las devastadoras guerras, en sus reuniones periódicas se discute y deciden temas muy significativos a nivel mundial, siempre busca la organización internacional y la cooperación entre naciones.

Cuando hablamos de los organismos de tipo regional, hay que señalar que es un fenómeno que se está desarrollando de forma acelerada a nivel regional y mundial, en este tipo de organismos se practica la cesión de competencias soberanas en temas especializados mediante un catálogo de competencias, esto dota al organismo de un poder coercitivo frente a los estados miembros, en base a los principios propios del Derecho Comunitario, cuestión que iremos desarrollando a lo largo de esta investigación.

I.B.1. Organizaciones Internacionales de tipo Regional.

La noción de atribución de competencias soberanas¹¹ solía generar un poco de resistencia en los Estados, pero con el desarrollo del Derecho Comunitario se ha dotado a los organismos de tipo regional de un poder que va más allá de nuestros territorios, hablar de supranacionalidad, es hablar de la realidad de nuestros países. Manuel Sobrino destaca las siguientes características de este tipo de organización.

Nos dice que estas tienen un “*alcance de la atribución operada*”, esto quiere decir que las atribuciones conferidas por parte de los estados miembros, aunque limitadas por el *principio de especialidad*¹², afecta a materias que antes sólo se reservaban para el estado, y también especifica que las atribuciones tienen un carácter evolutivo pudiendo ampliarse según las disposiciones del tratado y por la teoría de las competencias implícitas, persiguiendo cumplir con los objetivos del Tratado y de la Organización.

Asimismo, los organismos ejercerán funciones de “*gama estatales*” como son la función ejecutiva, legislativa y judicial¹³.

Los organismos tienen la obligación de emitir decisiones y resoluciones, que serán de carácter general, obligatorio y directamente aplicable en los estados miembros, en base al principio de *aplicabilidad directa y efecto directo*¹⁴, y agrega que la atribución de

¹¹ Antes se consideraba que el estado era el único que tenía la potestad de ejercer las “competencias soberanas”, es decir en todos los ámbitos estatales de una nación. Es un concepto que ha cambiado con el Derecho Comunitario pues fue posible que los estados miembros cedieran sus “competencias soberanas” para que fueran ejercidas por órganos e instituciones internacionales.

¹² Principio inherente a la naturaleza de entidades comunitarias, principio de carácter funcional, cuyas competencias ya ha sido atribuidas por el Tratado constitutivo, fundamenta la acción comunitaria, o el límite de las mismas. Ver Capítulo III.

¹³ Característica trinitaria orgánica de las Relaciones Comunitarias de Integración.

¹⁴ Ver Capítulo IV sobre la Aplicabilidad Directa y Efecto Directo.

competencias tiene implícito el reconocimiento de los efectos de los actos adoptados por las instituciones comunitarias.

Igualmente, hay una “real independencia orgánica” respecto de los gobiernos nacionales, pues las instituciones comunitarias tienen personalidades jurídicas independientes, por ejemplo tenemos a la Comisión y el Tribunal de Justicia de la UE, o se da el caso también en que se eligen a los representantes del Parlamento Europeo por sufragio Universal.¹⁵

Las instituciones comunitarias gozan de gran autonomía, pues tienen su propio orden jurídico, reglamentos internos, así como también tienen la existencia y manejo de sus propios recursos. (31,32)

I.B.1.a. Comunidad Andina de Naciones (CAN).

Rememorando el proceso en la región, mediante el Acuerdo de Cartagena, firmado el 26 de mayo de 1969 Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú ponen en marcha el proceso andino de integración, conocido en ese entonces como Pacto Andino o Grupo Andino. El 13 de febrero de 1973 Venezuela se adhiere y el 30 de octubre de 1976 Chile se retira de él durante la dictadura Militar de Augusto Pinochet. Durante sus primeros años se produce la formación de casi todos los órganos e instituciones andinas, con excepción del Consejo Presidencial Andino que nació en 1990.

¹⁵Ampliación sobre el tema en la CAN en: I.B.1.a.(2) Órganos e Instituciones de la Comunidad Andina. Parlamento Andino

En abril de 2006, Hugo Chávez, anunció el retiro de la CAN, tras la negociación de los Tratados de libre Comercio de Perú y Colombia con los Estados Unidos, pues consideraba que eran contrarios a la normativa e instituciones de la CAN. Su salida se concretó tras 5 años, requerimiento de la CAN, el 21 de abril del 2011.

En el Acuerdo de Cartagena, el objetivo de la CAN, es alcanzar un desarrollo más acelerado, equilibrado y autónomo mediante la integración, tener un desarrollo económico sustentable a través de la coordinación de los órganos e instituciones que lo conforman.

Es un organismo supranacional sólido con capacidad técnica, sus estados miembros son los países que en suma representan la tercera parte de reservas de petróleo en el mundo, además de ser países llenos de biodiversidad; otro punto importante es que está dotada de un orden jurídico supranacional comparable con la Unión Europea. Es una comunidad que lleva consigo un pasado histórico en común, que se traduce en un legado común de patrimonio cultural material e inmaterial, se comparte un mismo idioma, ideales, metas y objetivos por lo que su estudio es de importancia en la región y en el mundo.¹⁶Para colocar en cifras Fernando Carrión dice que: “tiene una extensión territorial de 4’718.000 kilómetros cuadrados y una población que supera los 110 millones de habitantes. El bloque sub-regional tiene un significativo peso en el contexto de América Latina, tanto por la cantidad de población y territorio como por el producto interno bruto.”(105)

Solo con las cifras, se puede concluir que hablamos de un fenómeno regional de gran importancia para América Latina, generar conocimiento de los recursos, instituciones, normativa, derechos, obligaciones, etc., es de gran importancia, es así, que a continuación

¹⁶ www.comunidadandina.org FECHA

revisaremos tanto su ordenamiento jurídico, además del funcionamiento de sus órganos e instituciones.

I.B.1.a.(1). Ordenamiento Jurídico en la Comunidad Andina.

En el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en su Artículo 1 se enumera de que está conformado el Ordenamiento jurídico de la CAN, y dice:

El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, comprende:

- a) El Acuerdo de Cartagena y sus protocolos e Instrumentos adicionales;
- b) El presente Tratado y sus Protocolos Modificatorios;
- c) Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y las Comisión de la Comunidad Andina;
- d) Las Resoluciones de la Secretaria General de la Comunidad Andina; y
- e) Los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los países miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina.

Marcel Tangarife T. en su discurso titulado *Sistema Jurisdiccional en el Proceso Andino*, llamado dice que “[...] el ordenamiento jurídico andino implica una jerarquización normativa propia en el que prevalece la legalidad [...]” (159) Y nos indica que el tribunal al referirse al tema establece que:

De esta enumeración, y aunque la norma no lo diga de forma explícita, puede deducirse que dicho ordenamiento está integrado por normas «primarias», «institucionales», «constitucionales», «básicas» u

«originarias», que se encuentran plasmadas en el Acuerdo de Cartagena y en el Tratado del Tribunal de Justicia, con sus respectivos protocolos modificatorios.

Las otras normas, que emergen de los órganos comunitarios – Comisión, Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y antigua Junta, hoy Secretaría General- constituyen el denominado «derecho derivado» o «secundario», en virtud de la propia competencia de regulación que les ha sido conferida por el Tratado Marco del Acuerdo de Cartagena. (159)

Partiendo de esta explicación, se entiende que aunque no exista norma expresa acerca de jerarquía normativa en la Comunidad Andina, se puede deducir de la explicación del Tribunal que dicha jerarquía se concluye de lo enunciado en el artículo antes mencionado, así como del Acuerdo de Cartagena.

Para Felipe Paolillo¹⁷ esa jerarquización se desprende del artículo primero del Tratado de Creación del Tribunal “[...] es fácil deducir una relación de subordinación entre «el derecho originario» constituido por el Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales y el Tratado del Tribunal, frente al «derecho derivado» contenido en las Decisiones de la Comisión y las resoluciones de la Junta.” (159)

¹⁷ Citado por Marcel Tangarife, en *“Sistema Jurisdiccional en el Proceso Andino”*, pág. 159.

La aplicación directa, efecto directo y primacía o preeminencia de la normativa comunitaria no se ve menoscabada por su jerarquía, toda normativa comunitaria prevalece sobre el derecho interno de los estados miembros.¹⁸

I.B.1.a.(1).(a). Normativa originaria o primaria en la CAN.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha ubicado en la cúspide de la pirámide normativa de Derecho Comunitario al Acuerdo de Cartagena, sus protocolos modificatorios e instrumentos adicionales y el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y sus protocolos modificatorios. Es normativa que ha pasado por un proceso de aprobación, es decir, que se han cumplido con las formalidades requeridas por los países miembros para su ratificación en cada estado.

Estas son las normas que servirán de directriz para los órganos que conforman el Sistema Andino (SAI) así como para los países miembros, eso quiere decir que, por ejemplo, las decisiones, resoluciones y convenios de complementación industrial emitidas por los órganos deberán regirse a los objetivos enunciados en el Tratado Constitutivo, sin sobrepasar los límites establecidos para la actuación comunitaria.

I.B.1.a.(1).(b). Normativa derivada o secundaria en la CAN.

La normativa derivada o secundaria es la que se genera en los Órganos e Instituciones Comunitarias, después de haberse cumplido con las formalidades para la aprobación y ratificación del Tratado Constitutivo.

¹⁸ Ver Capítulo IV.

En su exposición el Dr. Marcel Tangarife clasifica a la normativa derivada de la siguiente forma:

- a) En primer lugar están las decisiones que se adoptan en el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores o la Comisión de Ministros de Comercio Exterior e Industrias.¹⁹
- b) En segundo lugar tenemos las Resoluciones de la Secretaría General que califican restricciones y gravámenes al comercio, o las que autorizan salvaguardias invocadas por los países miembros.
- c) De ahí continuamos con las decisiones de la Secretaría General que reglamentan las decisiones del Consejo de Cancilleres o decisiones de la Comisión, o resoluciones de la Secretaría que resuelven situaciones de carácter general, abstracto e impersonal; también las resoluciones de la Secretaría que resuelven situaciones de carácter particular, singular y concreto como lo son las que establecen derechos antidumping; y también las resoluciones que determinan si se cumplen con las normas de origen para que un producto que está elaborado con materias primas goce de beneficios por parte de la comunidad.
- d) La normativa acerca de los convenios de complementación en el sector industrial se encuentra en el tercer escalón normativo, como la anterior citada, estos son acuerdos que se celebran de manera bilateral o

¹⁹ Acuerdo de Cartagena. Artículo 17: “El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores se expresará mediante Declaraciones y Decisiones, adoptadas por consenso. Estas últimas forman parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.”

multilateral entre los países miembros con el fin de fortalecer determinados sectores de la industria. (161)

Cada país miembro se ve en la obligación respetar el efecto directo y aplicabilidad directa a la normativa originaria como derivada de los órganos e instituciones de la CAN, si se excusan de hacerlo deberán usar los recursos que le otorga el Derecho Comunitario Andino²⁰.

I.B.1.a.(2). Órganos e Instituciones de la Comunidad Andina²¹

1. Consejo Presidencial Andino:

Nació el 23 de mayo de 1990, es el máximo órgano del Sistema de Integración (SAI), emite directrices que deberán ser instrumentadas por los órganos e instituciones de la SAI. Está integrado por los presidentes de los estados miembros.

2. Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores:

Creado el 12 de noviembre de 1979, es el órgano de la dirección política del Sistema Andino de Integración, está integrado por los cancilleres de los países miembros, quienes se encargarán de la consecución de los objetivos del proceso de integración mediante decisiones, así como también de la política exterior de la Comunidad. Las decisiones emitidas por el Consejo, serán tomadas por consenso y éstas son directamente aplicables a los países miembros.

3. Comisión de la Comunidad Andina:

²⁰ Ver sección II.B.2.c.(2).(a).

²¹ Comunidad Andina de Naciones, Estructura de la SAI, www.comunidadandina.org/quienes.htm.

Creada el 26 de mayo de 1969, es el órgano normativo de la SAI, está integrado por representantes plenipotenciarios de cada uno de los estados miembros, su capacidad legislativa se traduce en la emisión de decisiones, que serán dictadas cuando haya mayoría de votos, esto quiere decir tres países miembros, son decisiones supranacionales²², mientras que si se da el voto desfavorable de uno, esto no tiene inferencia en la prevalencia de esa decisión dentro del orden interno de su estado. Es importante señalar que existen excepciones establecidas en el artículo 26²³ del Acuerdo de Cartagena, que son para materias especiales de gran importancia en el proceso.

4. Secretaría General de la Comunidad Andina:

Con sede permanente en Lima, es el órgano ejecutivo de la Comunidad Andina, dirigida por el Secretario General, elegido por el Consejo Andino de Ministros de

²² María Ángela Sasaki Otani agrega a este punto que: “A pesar de ser un órgano intergubernamental, al estar constituido por representantes plenipotenciarios de los Estados miembros que siguen los “intereses nacionales”, cuando dicta “decisiones” por mayoría de voto (y no por unanimidad), al tener por el Acuerdo de Cartagena aplicación inmediata, directa y prevalente (decisiones de índole supranacional), nos encontramos ante una situación de supranacionalidad limitada [...]” p.62

²³ **Artículo 26.-** La Comisión adoptará sus Decisiones con el voto favorable de la mayoría absoluta de los Países Miembros. Se exceptúan de esta norma general:

a) Las materias incluidas en el Anexo I del presente Acuerdo, en las cuales la Comisión adoptará sus Decisiones con el voto favorable de la mayoría absoluta de los Países Miembros y sin que haya voto negativo.

La Comisión podrá incorporar nuevas materias en dicho Anexo con el voto favorable de la mayoría absoluta de los Países Miembros;

b) En los casos que se enumeran en el Anexo II las propuestas de la Secretaría General deberán ser aprobadas con el voto favorable de la mayoría absoluta de los Países Miembros y siempre que no haya voto negativo. Las propuestas que contaren con el voto favorable de la mayoría absoluta de los Países Miembros pero que fueren objeto de algún voto negativo deberán ser devueltas a la Secretaría General para la consideración de los antecedentes que hayan dado origen a dicho voto negativo. En un plazo no menor de dos meses ni mayor de seis, la Secretaría General elevará nuevamente la propuesta a la consideración de la Comisión con las modificaciones que estime oportunas y, en tal caso, la propuesta así modificada se estimará aprobada si cuenta con el voto favorable de la mayoría absoluta de los Países Miembros, sin que haya voto negativo, pero no se computará como tal el del país que hubiere votado negativamente en oportunidad anterior; y,

c) Los Programas y los Proyectos de Desarrollo Industrial deberán ser aprobados con el voto favorable de la mayoría absoluta de los Países Miembros y siempre que no haya voto negativo.

Relaciones Exteriores, la secretaría está facultada a formular propuestas de Decisión al Consejo Andino y a la Comisión. Entre sus funciones están: administrar el proceso de integración; resolver asuntos sometidos a su consideración; velar por el cumplimiento de los compromisos comunitarios; mantener vínculos permanentes con los países miembros y los órganos ejecutivos de las demás organizaciones regionales de integración y cooperación.

La Secretaría General puede emitir “Resoluciones”, tal como lo establece el artículo 3²⁴ del Protocolo de Cochabamba, que gozan de presunción de legalidad hasta que se demuestre lo contrario mediante acción de nulidad frente al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

5. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA):

Creado en mayo de 1979, con sede permanente en Quito, está integrado por cuatro magistrados, uno por cada país. Entre sus funciones está el control de legalidad de las normas comunitarias, mediante la acción de nulidad; interpreta las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la CAN, así como su aplicación uniforme en toda la región andina, etc.²⁵

El Tribunal de Justicia goza de autonomía absoluta, y sus miembros son independientes de los estados que los han designado. Las sentencias de la TJCA gozan de aplicación inmediata es entonces que el artículo 41 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina establece: “Para su cumplimiento, las

²⁴ **Artículo 3.-** Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior.

²⁵ Ver sección II.B.2.c.(2).(a).

sentencias y laudos del Tribunal y los laudos de la Secretaría General no requerirán de homologación o exequátur en ninguno de los países miembros”, sus decisiones se toman por mayoría de los magistrados, dándose el caso de que si uno de ellos está en contra de la resolución se encuentra obligado a suscribir las providencias aprobadas por la mayoría.

María Ángela Sasaki Otani agrega que:

En consecuencia, podemos decir que el TJCA es un órgano supranacional pleno, ya que sus miembros no representan a los estados partes que los han designado y deciden por mayoría, tienen plena autonomía e independencia en su obrar; y, sus sentencias son obligatorias gozando de los tres principios de supremacía, efecto directo y aplicación inmediata. En este contexto, hay que señalar como ventaja el atributo de supranacionalidad del órgano decisorio. (67)

6. Parlamento Andino:

Creado el 25 de octubre de 1979, es el órgano deliberante de la SAI, sus representantes son elegidos por los congresos nacionales, aunque para revestir a este órgano de una naturaleza más comunitaria, se ha promovido que sus miembros sean elegidos mediante elección directa de sus miembros por los ciudadanos a través de elecciones directas y universales, de acuerdo al Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo, firmado en abril de 1997. Es importante agregar que en el caso de Ecuador y Perú sus representantes ya fueron elegidos en elecciones directas.

Es un órgano que emite *Recomendaciones*, pero que carecen de supranacionalidad, pues son con fines deliberativos y no decisorios, promueven la armonización de las legislaciones de los países miembros.

7. Corporación Andina de Fomento (CAF):

Organismo financiero creado mediante la Declaración de Bogotá en 1966 donde se adoptarían medidas de integración económica y coordinación de políticas de los países participantes en materia comercial, industrial, financiera y cooperación técnica. Con sede en Caracas – Venezuela, está conformado por 18 países de América Latina, el Caribe y Europa, además de 14 bancos privados de la región andina. Es un organismo que apoyará el financiamiento de proyectos de los sectores tanto privados como públicos.²⁶

8. Fondo Latinoamericano de Reservas (FLAR):

Es una institución financiera que apoyará a los países miembros en sus balanzas de pago, otorgando créditos, o garantizando préstamos a terceros. Velará por la armonización de políticas cambiarias, monetarias y financieras de los países, etc.²⁷

9. Consejo Consultivo Empresarial Andino:

Institución creada en enero de 1983, regida por las decisiones 442²⁸ y 464²⁹, su función es emitir opinión ante el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión o Secretaría General, es una institución que buscará una mayor participación del sector empresarial en el proceso de integración, está integrada por

²⁶ Corporación Andina de Fomento, Breve Historia, www.caf.com/view/index.asp?pageMS=61398&ms=19.

²⁷ Fondo Latinoamericano de Reservas, Objetivos del FLAR, www.flar.net/contenido.aspx.

²⁸ Normativa Andina, Decisiones, <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D442.htm>.

²⁹ Normativa Andina, Decisiones, <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D464.htm>.

cuatro delegados elegidos entre los directivos del más alto nivel de las organizaciones empresariales representativas de cada uno de los países miembros.

10. Consejo Consultivo Laboral Andino:

Como su nombre lo dice es una institución consultiva del SAI, emite opinión ante el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión o la Secretaría General de oficio o a solicitud de estos, sobre programas o actividades del proceso de integración que son de interés en el sector laboral. Se rige por las Decisiones 441, 464, y 494.

11. Consejo Consultivo de Pueblos Indígenas:

Mediante la Declaración de Machu Picchu en julio del 2001, regida por la decisión 674, se dispuso el establecimiento de una mesa de trabajo sobre los derechos de los pueblos indígenas en el marco institucional de la CAN. Estará integrado por un delegado indígena de cada uno de los estados miembros.

12. Organismo Andino de Salud – Hipólito Unanue:

Fue creado el 31 de enero de 1970, bajo la Decisión 445, es la institución del SAI que coordinará y promoverá acciones destinadas a mejorar el nivel de salud de los habitantes de los países miembros.

13. Convenio Simón Rodríguez:

Es un foro de debate, participación y coordinación en temas socio-laborales de la CAN, tiene como objetivo el fomentar empleo en la región, capacitación laboral, seguridad y salud en el trabajo, etc.

14. Universidad Andina Simón Bolívar:

Creada en diciembre de 1985 por el Parlamento Andino, en la Paz. Actualmente la Universidad tiene subsedes en Caracas, Cali, la Paz, y específicamente en Ecuador se estableció en 1992, donde se le reconoce como estatus de organismo académico internacional. Elabora y ejecuta programas de enseñanza, entrenamiento teórico-práctico de actualización de conocimientos, prepara y realiza investigaciones y estudios científicos de alto nivel, proporciona servicios de consultoría y cooperación técnica.³⁰

La Comunidad Andina, como se pudo ver, posee un ordenamiento jurídico con un grado de desarrollo y coherencia que se puede comparar con el sistema jurídico de la Unión Europea. Goza de una institucionalidad fortalecida con distintas instancias como son la política, técnica, administrativa, social, judicial, así como financiera que hacen del Sistema Andino de Integración un medio óptimo para el desarrollo integrado de los países que conforman la CAN. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, por ejemplo, nos provee de las herramientas de acceso y control para los individuos y empresas a procesos judiciales comunitarios, para así, transparentar las relaciones comerciales con miras al bienestar de la comunidad. Un sistema que en la parte formal está muy clara pero que al momento de ser aplicada sufre de dificultades por la falta de compromiso por parte de los países miembros y de información a los individuos que pueden hacer ejercer sus derechos por medio de esta vía supranacional. En los últimos años se ha dado un creciente grado de compromiso por parte de los países miembros de la CAN y los países latinoamericanos en general en la promoción de un proyecto integrador, lo cual se espera que resulte en un

³⁰Universidad Andina Simón Bolívar, Contenido,
<http://www.uasb.edu.ec/contenido.php?cd=1&pagpath=1&swpath=infb>.

desarrollo más acelerado mediante consensos que promueva una integración más profunda entre los países dejando de lado intereses políticos y económicos individuales.

CAPÍTULO II:

RELACIÓN DE SOBERANÍA Y CONTROL

CONSTITUCIONAL CON EL DERECHO COMUNITARIO.

II.A. La Soberanía: concepto primordial en la generación de procesos de Integración.

Es de suma importancia recoger las nociones y conflictos que genera el concepto de soberanía a la hora de generar procesos de integración. Como Calogero Pizzolo señala, la integración de bloques económicos “[...] es, precisamente la unión de distintas soberanías estatales en un espacio comunitario.” (189). La importancia de este concepto, se da por el cambio dramático que ha sufrido a lo largo de la historia para ajustarse a la realidad de nuestros tiempo y así promover la creación de organismos regionales.

La soberanía es básica para el orden interno de los estados, así como para sus relaciones internacionales, refiriéndose a esto, Müeller destaca que todos los territorios pertenecen a algún estado, el mismo que tiene su propia instauración política así como un derecho propio que caracteriza a ese territorio con el atributo político de la soberanía como irrenunciable (1).

Miguel Villoro al hablar del concepto de soberanía explica que:

La palabra soberanía procede de las voces latinas *super* y *omnia*. Su significado es, entonces, la cualidad máxima no subordinada a ninguna otra. Esta noción lleva implícita la negación de cualquier poder superior, ya que el poder soberano quiere decir poder supremo. Es la instancia más alta que no se inclina ante ningún otro poder, puesto que éste no le viene sino de sí misma, por lo que también se incluye la idea de independencia [...] (682)

Ángel Ekmekdjian menciona que esta concepción fue defendida por Jean Bodin, por cuanto soberanía para él era “summa potestas” o “poder absoluto y perpetuo de la república” que no tiene límite en el tiempo, límite de poder o responsabilidad, entonces el soberano no debe explicación a nadie más que a Dios y nada está por sobre él. Teoría que presupone la inexistencia de una comunidad internacional, ni las relaciones que este acarrea. Cambiando un poco esta línea, después aparecen teóricos como Santo Tomás de Aquino, Vattel, Grocio que establecieron claramente que un soberano no puede estar por encima del derecho internacional y que siendo consecuentes con la época debía haber cooperación y subordinación a éste para evitar conflictos internacionales.(10,11)

Podemos encontrar muchas concepciones de lo que es la soberanía a través de la historia, los tiempos han cambiado así como la forma en que las sociedades se llevan, por eso, por ejemplo, tenemos que en el tiempo de las monarquías la soberanía recaía en el Rey quien tenía el poder supremo por sobre todo, después de la Revolución Francesa y de los cambios drásticos en las monarquías europeas, encontramos una diferente concepción de este concepto, da un giro, pues la soberanía ahora recaería en el pueblo.

Thomas Hobbes (1588-1596), un erudito en el tema, influenciado por la ruptura de relación entre la monarquía inglesa, que defendía la monarquía absoluta, y el parlamento que abogaba por una soberanía compartida entre el rey y el pueblo pudo deducir en su obra *Leviatán* que “todos los hombres han dado la soberanía a quien representa su persona, y, por consiguiente, si lo deponen toman de él lo que es suyo propio [...]” (142,143). Habla entonces de una democracia representativa, el pueblo en uso de su soberanía, mediante

elecciones, escoge a sus representantes que ahora cargan con la soberanía que se les ha otorgado y a quienes se les puede quitar dicho poder.

Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), con un entorno parecido al de Hobbes, por la Revolución Francesa lleva este concepto un poco más allá y establece que: “[...] la soberanía, no siendo más que el ejercicio de la voluntad general, no puede ser nunca enajenada, y que el soberano, que no es más que un ser colectivo, no puede estar representado más que por sí mismo: el poder puede transmitirse, pero no la voluntad.” (173)

En otras palabras, Rousseau mira a la soberanía como la voluntad general, que materializa con la decisión de la mayoría absoluta del pueblo mediante la búsqueda del bien común.

Stefan A. Kaiser, en *El ejercicio de la soberanía de los Estados* mira al concepto de soberanía como:

La soberanía es uno de los principios cardinales de la teoría del estado. La soberanía de los estados denota el derecho legal inalienable, exclusivo y supremo de ejercer poder dentro del área de su poder. El ejercicio de los poderes soberanos en la esfera nacional comprende los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, en relación a las personas físicas y morales. (85)

Suprema, inalienable, exclusiva, son algunas de las palabras que los estudiosos usan para describir a la soberanía. Suprema, porque es el poder superior dentro de un estado,

nadie puede asumir autoridad más alta para ejercer un poder soberano. Inalienable, en el sentido de que nunca deja de existir, ponen de ejemplo que sólo el caso hipotético que un estado deje de existir. Exclusiva, porque el mismo estado es el que puede ejercer soberanía en su territorio, nadie más.

Hoy en día tras la generación de relaciones internacionales complejas entre los estados, se ha dado la búsqueda de lo que llaman la nueva soberanía, esta concepción más elástica y flexible que permite el uso de la soberanía para la generación de órganos internacionales autónomos capaces de regularnos en los ámbitos de su competencia. La problemática a plantearse en este tema y tal como Pizzolo señala, es “¿Cómo un estado soberano puede estar obligado por normativa comunitaria?”(188) Está es una inquietud que los estudiosos del derecho siempre tienen presente y que logra aclarar con la explicación del mismo autor que establece:

[...] la existencia de una diversidad de estados soberanos determina la posibilidad de llevar a cabo un proceso de integración regional y, este último, en la medida que nace de un acto voluntario del “titular” del poder soberano, no genera conflictos con este poder pues dicho acto forma parte de su libre autodeterminación. (212)

También explica que si el poder reside en el pueblo, tal como Rousseau establece, y si el pueblo en ejercicio de su soberanía elige a sus representantes que a su vez tienen el poder de firmar y ratificar tratados, entonces a través del ejercicio de la soberanía el estado está en completa capacidad de transferir competencias a órganos supranacionales. Entonces el mismo autor explica que:

[...] si el pueblo promete simplemente obedecer, se anula por este acto, pierde su cualidad de pueblo; desde el instante en que existe su amo, el soberano ya no existe, y queda por tanto destruido el cuerpo político.

Esto no quiere decir que las órdenes de los jefes no puedan considerarse como voluntades generales, mientras el soberano libre de oponerse a aquéllas no lo hace. En tal caso, por el silencio se debe presumir el consentimiento del pueblo. [...] (174)

En búsqueda del bien común, la voluntad general decide que se hace y que no, cuando un representante capaz y con competencia elige firmar tratados constitutivos de Derecho Comunitario y el pueblo en su ejercicio de soberanía apoya o no dice nada al respecto se tiene por entendido, que en todo ámbito de este juego de poderes, el tratado está siendo aceptado, por lo tanto, en el caso específico nos ponemos bajo normativa comunitaria. En otras palabras, la actuación del representante del estado, es una actuación que tiene por detrás un proceso democrático por el cual fue elegido por el pueblo para que actúe en su nombre, la soberanía del pueblo ha sido cedida a dicho representante que haciendo ejercicio de sus competencias puede involucrar al estado en un proceso de integración.

Povedano, Téllez y et al, acerca del tema señalan una serie de principios que escudan la actuación estatal en su decisión de generar relaciones internacionales con otros estados, así, “al estado se le provee con una serie de facultades en virtud de esa soberanía [...]” (62) pudiendo a partir de esta, aceptar pertenecer a organizaciones internacionales con competencia transferida, pero que eso no significa que pueda sustituir al estado, se

genera por lo tanto la existencia de órganos autónomos de derecho comunitario con una competencia especial y avanzada. Hablan entonces de dos sentidos para la palabra, el sentido interno de autodeterminación en los ámbitos políticos, sociales y económicos. Y en segundo punto, se habla de un sentido internacional donde los estados se reconocen iguales entre sí, tenemos incluso la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, en su artículo 2 enumera el respeto de principios como la autodeterminación de los pueblos, soberanía territorial, de los recursos naturales, la no intervención en asuntos internos de cada estado y más, pero que a su vez tiende a ser criticado pues en la práctica estos principios se han visto vulnerados a través de la historia, (63, 64) critica que no compete en el desarrollo de este tema, pero que es importante señalar.

Como claro ejemplo de la evolución de la soberanía, tenemos en específico el caso de la Unión Europea, que han cedido, por ejemplo, su soberanía monetaria para generar una moneda común que rija bajo los estados pertenecientes al bloque económico, exceptuando a Inglaterra quienes por determinación propia no decidieron aceptar el hecho; este ejemplo explica lo que los estados de la UE han tenido que pasar para generar su proceso de integración.

Kotzur nos dice que “Una concepción actualizada de la soberanía tiene que ser desarrollada a partir de la red cada vez más compleja de vínculos supranacionales, y al mismo tiempo, con el apoyo en una confirmación de las raíces históricas [...]” (89, 90).

Esto presupone la llamada “soberanía relativa” como señala Verdross, que establece que el Derecho Internacional Positivo, lejos de basarse en la voluntad de los estados particulares, es producto de la comunidad de los mismos, es así que se logra constituir una

comunidad jurídica. (10) Entonces pasamos de esa “soberanía exclusiva” a una “soberanía divisible” que permite esa transferencia de competencias en pro de una integración exitosa.

II.B. Constitucionalismo y Derecho Comunitario.

Habiendo analizado el tema de soberanía, es importante conocer cómo opera en nuestro país, que hace posible que el estado genere relaciones internacionales tras la ratificación de tratados internacionales, por eso, es que surgen discusiones sin fin acerca de la relación del *Derecho Interno* con el *Derecho Internacional*³¹, pues tenemos que señalar como el proceso de integración es asimilado por nuestro ordenamiento normativo interno, qué dice nuestra constitución al respecto y cuáles son las opiniones de los doctrinarios acerca del tema.

II.B.1. Fórmulas habilitantes para una integración regional en Ecuador.

Olga Sánchez al hablar de la constitución explica: “[...] es la norma fundamental que nos rige y, por tanto, se encuentra por encima de las demás normas del ordenamiento.” (7). Forma parte importante de la relación entre el Derecho Comunitario y los estados, pues es la que permite con sus fórmulas habilitantes la firma y ratificación de los Tratados Internacionales.

Integración Latinoamericana es el capítulo III, del título VIII de la Constitución Ecuatoriana y en su Art. 423 dice:

³¹ Ver capítulo IV.

La integración, en especial con los países de Latinoamérica y el Caribe será un objetivo estratégico del estado. En todas las instancias y procesos de integración, el estado ecuatoriano se comprometerá a:

1. Impulsar la integración económica, equitativa, solidaria y complementaria; la unidad productiva, financiera y monetaria; la adopción de una política económica internacional común; el fomento de políticas de compensación para superar las asimetrías regionales; y el comercio regional, con énfasis en bienes de alto valor agregado.

2. Promover estrategias conjuntas de manejo sustentable del patrimonio natural, en especial la regulación de la actividad extractiva; la cooperación y complementación energética sustentable; la conservación de la biodiversidad, los ecosistemas y el agua; la investigación, el desarrollo científico y el intercambio de conocimiento y tecnología; y la implementación de estrategias coordinadas de soberanía alimentaria.

3. Fortalecer la armonización de las legislaciones nacionales con énfasis en los derechos y regímenes laboral, migratorio, fronterizo, ambiental, social, educativo, cultural y de salud pública, de acuerdo con los principios de progresividad y de no regresividad.

4. Proteger y promover la diversidad cultural, el ejercicio de la interculturalidad, la conservación del patrimonio cultural y la memoria común de América Latina y del Caribe, así como la creación de redes de comunicación y de un mercado común para las industrias culturales.

5. Propiciar la creación de la ciudadanía latinoamericana y caribeña; la libre circulación de las personas en la región; la implementación de políticas que garanticen los derechos humanos de las poblaciones de frontera y de los refugiados; y la protección común de los latinoamericanos y caribeños en los países de tránsito y destino migratorio.

6. Impulsar una política común de defensa que consolide una alianza estratégica para fortalecer la soberanía de los países y de la región.

7. Favorecer la consolidación de organizaciones de carácter supranacional conformadas por estados de América Latina y del Caribe, así como la suscripción de tratados y otros instrumentos internacionales de integración regional.

En el análisis del artículo mencionado anteriormente, encontramos el proceso que conlleva la forma de los tratados comunitarios, pues nos habla de una integración económica regional, con miras a la unidad productiva, financiera y monetaria, siendo necesaria la armonización de políticas macroeconómicas de los estados miembros; dicha integración implica la libre circulación de mano de obra, bienes y servicios; se trata de una integración que busca la unión económica a través de un mercado unido entre los países y eso constituye el mayor grado de integración a través de la unificación de políticas en cuanto a relaciones exteriores, política común de defensa, unificación monetaria, creación de un Banco Central, normativa para la protección del medio ambiente, en suma, estamos hablando de una mayor institucionalidad de carácter supranacional.

El artículo, señala también, los principios del Derecho Comunitario como la “progresividad” y “no regresividad” se trata de un proceso que progresa en el tiempo y que no permite que se regrese a un estado ulterior a la integración, una vez que los países se han hecho partícipes del proceso su realidad jurídica, social, económica, etc., no puede regresar a lo que era. El estado miembro se encuentra obligado a cumplir el acuerdo desde la ratificación; la validez y eficacia del Derecho Comunitario están supeditadas al desarrollo progresivo por las diferentes etapas de la integración que no podrán ser reversibles.

El artículo habla también de “la armonización de las legislaciones nacionales” en ámbitos tanto laboral, ambiental, educativo, etc., que es muy importante para los estados miembros pues se busca la seguridad jurídica de todos los ciudadanos de la comunidad, su aplicabilidad y efecto directo dotan al Derecho Comunitario de primacía, su aplicación tanto por los órganos comunitarios, así como por los jueces nacionales y ciudadanos tiene que ser velado constantemente.

Es importante señalar que uno de los cuestionamientos más importantes es la relación entre el Derecho Interno con el Derecho Comunitario es un tema que genera gran discusión, pues dentro del manejo de la normativa comunitaria, tenemos tanto la teoría *dualista* como la *monista* que explica diferentes formas de integración entre la normativa interna y la internacional. La teoría dualista explica que las dos normas son distintas e independientes una de la otra, impenetrables, ambas están reguladas por sus propias normas; mientras que la teoría monista expone que ambos órdenes derivan una de la otra, conocida como concepción unitaria del derecho, que propone que una vez ratificado y aprobado el tratado se incorpora de manera inmediata al Derecho Nacional, y que según

Sobrino, es la única vía compatible con el sistema jurídico de una organización de integración, pues las instituciones comunitarias estarían ejerciendo su competencia soberana en el terreno legislativo. (47)

Cuando la constitución norma los *Tratados e Instrumentos Internacionales* establece que el presidente inicia las negociaciones con los representantes de los estados, en el artículo 147 de la Constitución, numeral 10, se regula que el presidente tiene la atribución de “Definir la política exterior, suscribir y ratificar los tratados internacionales” es así, que el presidente es competente de negociar dichos tratados, siguiendo con los requisitos por ella establecidos. A continuación:

Art. 418.- [...] La Presidenta o Presidente de la República informará de manera inmediata a la Asamblea Nacional de todos los tratados que suscriba, con indicación precisa de su carácter y contenido [...]

Cuando se da la ratificación o denuncia de los tratados internacionales, se requiere la aprobación de la asamblea en casos en los que “comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio” y también “atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional” (art. 419)

Apelando a una interpretación amplia de los preceptos establecidos por la Constitución, tenemos que está explícita la permisividad de una unión comunitaria, así como la transferencia de competencias a órganos supranacionales, ajustándonos como estado a una realidad jurídica supranacional.

II.B.1.a. Fórmulas Puente Perfecta, Declarativa y Procesal en la Constitución Ecuatoriana.

Un proceso complejo como la ratificación del Tratado Constitutivo de Integración, la creación de órganos supranacionales, así como la inserción de nuevos conceptos amplios de Derecho Comunitario, tiene gran incidencia en el ámbito interno de los estados, es por eso que al respecto Pablo Tremps nos dice:

[...] la relación entre Constitución Interna y Derecho Supranacional no se detiene en el papel que la primera representa en cuanto fundamento estatal y límite jurídico al proceso de integración. Al mismo tiempo, la pertenencia a una organización supranacional acaba produciendo también efectos sobre las propias estructuras constitucionales internas, efectos que serán tanto más intensos cuanto más profundo sea el proceso de integración.

(149)

Queda en manos del estado suscriptor y a través de su proceso particular de legalización de normativa, iniciar el aparejamiento legislativo con el derecho comunitario, se habla de un compromiso que los estados adquieren. Olga Sánchez Cordero nos dice que “[...] se requeriría de un acto legislativo para que estos compromisos pudieran ser jurídicamente eficaces en el ámbito estatal.” (25). Entonces nos encontramos con que los estados están obligados, de forma interna, a adecuar su ordenamiento jurídico y en consecuencia incluso su ordenamiento administrativo a fin de cumplir con las obligaciones contraídas que emanan del tratado constitutivo, caso contrario estaría incumpliendo dichos compromisos internacionales que acarrearían sanciones para el estado miembro.

Calogero Pizzolo nos dice que, para que exista el cabal cumplimiento de las obligaciones emanadas de un tratado constitutivo lo primero que se debe hacer es reconocer la validez interestatal de las normativas comunitarias, teniendo como herramienta principal un “puente normativo” entre ambos ordenes jurídicos. Hay entonces, según el autor, *fórmula puente perfecta* que es la que permite el ingreso de la normativa comunitaria de manera inmediata, admitiendo la plenitud de las normas que ingresan pues tienen capacidad jurídica y generan derechos y obligaciones; como segundo punto tenemos la *fórmula puente declarativa* que es una mera declaración de principios que nos llevan a un respeto máximo de la normativa comunitaria y del derecho internacional general mediante la aplicabilidad directa; y por último *fórmula puente de desarrollo procesal* que cae dentro del llamado *ritual*, por lo que hablamos del proceso o trámite al cual los estados de forma individual tienen que recurrir para que este derecho tenga plenitud en el ámbito interestatal. Entonces tenemos que las fórmulas habilitantes permiten que la normativa de derecho internacional general se abra paso al derecho interestatal. (417, 418)

Al intentar identificar dichas fórmulas en nuestra Constitución tenemos:

Como *fórmula puente perfecta*, en el título VIII, capítulo II que habla de los Tratados e Instrumentos Internacionales dice:

Art. 417.- Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.

El artículo habla de la aplicabilidad directa, principio básico del Derecho Comunitario, que admiten la plenitud de las normas directamente aplicables dentro del estado.

Tenemos además la *fórmula puente declarativa* que en nuestra constitución es el llamado principios de las relaciones internacionales, en el capítulo I, del mismo título, dice:

Art. 416.- Las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano, al que le rendirán cuenta sus responsables y ejecutores, y en consecuencia:

9. Reconoce al derecho internacional como norma de conducta, y demanda la democratización de los organismos internacionales y la equitativa participación de los estados al interior de estos.

11. Impulsa prioritariamente la integración política, cultural y económica de la región andina, de América del Sur y de Latinoamérica.

La Constitución Ecuatoriana favorece los procesos de integración y también los de Derecho Internacional General. Como ya habíamos establecido la competencia de la revisión de dichos tratados queda en manos de la Corte Constitucional para su posterior ratificación por parte de la Asamblea Nacional. Es importante señalar que la nueva constitución menciona de manera más generosa los procesos de integración, al contrario de la Constitución de 1998, tenemos entonces que la Integración Latinoamericana es

considerada como “objetivo estratégico del Estado” respondiendo a una política estatal con miras a generar un compromiso fortalecido por parte del estado ecuatoriano en “todas las instancias y procesos de integración”. La fórmula habilitante obliga la creación de normativa armonizada con los tratados constitutivos de integración regional, redactada en el Título VIII de las Relaciones Internacionales, Capítulo III que habla de la Integración Latinoamericana:

Art. 423.- La integración, en especial con los países de Latinoamérica y el Caribe será un objetivo estratégico del estado. En todas las instancias y procesos de integración, el estado ecuatoriano se comprometerá a:

3. Fortalecer la armonización de las legislaciones nacionales con énfasis en los derechos y regímenes laboral, migratorio, fronterizo, ambiental, social, educativo, cultural y de salud pública, de acuerdo con los principios de progresividad y de no regresividad.

Todo lo anterior mediante la formulas *punte de tipo procesal* recogido en la Constitución, en el artículo 84, acerca de las *Garantías Normativas* dice:

La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades [...]”

Esta fórmula se suma al control constitucional que se produce en nuestro estado, para ratificar y aceptar de forma definitiva el proceso de integración.³²

Nuestra carta magna reconoce la existencia de Organismos Internacionales con competencia conferida por el estado ecuatoriano, así en el capítulo II que habla de los Tratados e Instrumentos Internacionales, tenemos:

Art. 419.- La ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que:

7. Atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional y supranacional.

Al hacer un análisis de la legislación ecuatoriana, Pizzolo dice:

La técnica legislativa utilizada es la de marcar una actitud permisiva siempre teniendo en cuenta los intereses nacionales y comunitarios. Si apelamos a una interpretación amplia del precepto, la atribución de competencias podría considerarse implícita dentro de un mandato mayor [...]. (405)

Es importante señalar que nuestra constitución jerarquiza las leyes dónde, en primer lugar está la carta magna y como segundo en los instrumentos internacionales, así en muchos temas como lo cultural, salud, guerra, salud, educación, y más, no deja de señalar que siempre se respetara lo señalados por los “instrumentos internacionales”. (Art. 3)

³² Punto a tratarse en sección II.B.2.

II.B.2. Control y Supremacía Constitucional en el Ecuador.

Juan Carlos Dueñas, nos explica que para comprender el tema del control constitucional es preciso tener en cuenta un principio que deriva de la noción de soberanía, que ya mencionamos anteriormente, y es: *la supremacía constitucional*; cita a Calogero Pizzolo quien dice que la constitución formal, es la norma fundamental de los sistemas jurídicos de los estados, se entiende como “ley máxima” que impone a final de cuentas limitaciones sustanciales a las atribuciones de órganos constituidos. (405) La constitución genera garantías para el soberano pero al hablar del control constitucional tal como Javier Pérez Royo dice, es:

[...] una de las cuestiones decisivas del Derecho Constitucional: las garantías constitucionales, entiendo por tales no las garantías de tal o cual derecho o libertad o de tal o cual institución u órgano del estado, sino las garantías de «la Constitución», es decir, las garantías que la Constitución se da a sí misma, a fin de asegurar «su primacía» respecto de las demás normas del ordenamiento jurídico. (153)

Aquí tenemos entonces que para recalcar la supremacía de la constitución de los estados es imprescindible el control constitucional ejercido por el órgano competente, en nuestro caso la Corte Constitucional; en el artículo 436 de la Constitución se norma que:

La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:

1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante. (192)

Además también tenemos en el artículo 438 del mismo cuerpo normativo que la Corte:

“[...] emitirá dictamen previo y vinculante de constitucionalidad en los siguientes casos, además de los que determine la ley:

1. Tratados Internacionales, previamente a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional.

En el caso de Ecuador y varias naciones latinoamericanas, tienen fórmulas habilitantes de control constitucional *a priori* a la firma de tratados internacionales y en específico de integración; por lo que es de suma importancia que el tratado en todas sus partes no generen conflicto de ninguna índole con nuestra constitución, así, *a posteriori* la normativa comunitaria no caería en antagonismo con la carta magna de los estados miembros, acarreando sólo la posibilidad de oposición con normas internas de menor jerarquía, para lo cual, ésta, se deberá ajustar a la nueva realidad comunitaria.

Nos encontramos ante la atribución más importante de la Corte Constitucional, incluso Javier Pérez Royo se refiere a ella como “competencia natural” pues dice que sin excepción a todos los tribunales, cortes, etc., constitucionales les compete el dirimir la inconstitucionalidad de las normas (944) y explica que:

El Tribunal Constitucional es ciertamente el «máximo intérprete de la Constitución» (art. 1 LOTC (Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)) y sus decisiones «vinculan a todos los poderes públicos» (art. 38.1 LOCT) sin excepción. Pero, al adoptar una decisión, el Tribunal Constitucional *no impone una interpretación propia de la Constitución, sino que rechaza una interpretación ajena*. La sentencia del Tribunal Constitucional *no es una interpretación alternativa* de la Constitución [...] sino que es una simple *no aceptación* de la interpretación [...]. Por eso Kelsen decía que el Tribunal Constitucional es un *legislador negativo*. (955)

Generará dictamen previo (*a priori*) y vinculante, se da un control tanto por la forma como por el fondo; como aclara Luis Fernando Torres:

Si la inconstitucionalidad de una ley puede ser material o formal, lo más lógico es que el control de la constitucionalidad cubra esas dos posibilidades, dando lugar, en consecuencia, al control por la forma y por el fondo.

El control por la forma sirve para determinar la inconstitucionalidad de una ley cuando ésta no ha seguido el procedimiento previsto en la propia constitución para su formación. El control por el fondo se propone determinar la inconstitucionalidad de una ley cuando ésta contradice disposiciones sustantivas. En los dos casos el efecto es, en el Ecuador, el mismo: la suspensión de los efectos de la ley inconstitucional [...] (67)

El control constitucional, según Dueñas, obliga a que las normas y actos del estado, como privados, se adecuen a la Constitución tanto en fondo como en forma, caracterizándolas por tener concordancia y compatibilidad formal y material. (407)

II.B.2.a. Funciones de la Constitución.

Pizzolo al referirse a la Constitución, dice que su supremacía en la jerarquía implica que sus normas son ordenadoras, fundacionales y de concordancia, cada una de estas básicas para el nacimiento de normas y leyes posteriores como las comunitarias. (237, 238)

1. **Función de ordenación:** implica que las normas constitucionales ordenan jerárquicamente el resto de normas existentes en el estado, asignando a cada una de ellas lugar dentro del orden jurídico. Así nuestra Constitución establece en su artículo 425:

El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

2. **Función de concordancia:** como dice Pizzolo, permite a las normas constitucionales dotar de validez a los actos y normas dentro de un orden jurídico, habla de una concordancia formal y material. Formal, por cuanto estas exigen que cualquier acto sea dictado por el órgano competente y bajo el procedimiento establecido. Material, porque ninguna norma inferior podrá suprimir ni alterar

derechos y garantías constitucionales. (237, 238) Es entonces que se dotan de total validez los actos que estén en concordancia material y formal con la Constitución.

3. **Función Fundacional:** la Constitución presenta la base para la creación de las demás normas jurídicas. En otras palabras las normas extra-constitucionales sólo pueden existir a base de la constitución.

Bajo estos preceptos se concluye que la constitución es la que permite la inserción de normativa comunitaria dentro del orden jurídico interno, pues se le asigna su jerarquía, y que está revestida de legalidad, siempre y cuando el proceso este revestido de actos formal y materialmente coherentes con ella.

Es importante establecer que este control envía el mensaje de que la Constitución es la norma suprema ante todo el ordenamiento jurídico. Control, que es parte primordial pues una revisión preventiva de los tratados internacionales nos llevarían a dos situaciones: la antes mencionada “supremacía constitucional” y en segundo lugar impedir, como Brótons³³ dice, “[...] la posibilidad de impugnar la constitucionalidad de éstos una vez que han sido definitivamente estipulados, evitando las perturbaciones que una declaración de inconstitucionalidad puede producir en el orden internacional.”

II.B.2.b. Tipos de Control Constitucional.

Han existido a lo largo de la historia diferentes tipos de Control Constitucional, judicial, no judicial o político y por último mixto.

³³ Antonio Remiro Brotons: Derecho Internacional, p. 243, citado por Dueñas Juan Carlos: “Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano”, o. cit., p.414.

El **control judicial** como su nombre lo dice, está a cargo de los órganos judiciales, pues al aplicar la ley correspondiente, si el juez encuentra que hay dos normativas aplicables en contradicción entre sí, éste es tendrá que optar por la aplicabilidad de una de ellas, pero si hablamos de una ley de menor jerarquía en contradicción con la Constitución es su obligación dar preferencia a la segunda. Tenemos entonces que este tipo de control se divide en **concentrado** y **difuso**; concentrado porque el “monopolio del Control Constitucional” recae sobre un órgano especializado y con competencia única, es decir que los jueces dentro de ese órgano, son los únicos que podrán conocer de casos de inconstitucionalidad de la norma, Pizzolo, hace referencia al control constitucional concentrado, diciendo que:

[...] está a cargo de un fuero especializado, conocido como *fuero constitucional*, ejercido normalmente por un tribunal o Corte Constitucional, que tiene la exclusividad del control. Generalmente, este tribunal o corte es un órgano de extra-poder, ya que no pertenece al poder judicial. En este sistema, el control no puede ser ejercido por cualquier juez; los jueces comunes son incompetentes para conocer de las cuestiones de constitucionalidad [...] (251)

Cuando hablamos del control judicial difuso, entendemos entonces que es ese control ejercido por los jueces ordinarios, es decir, y tal como Royo dice “[...] todo juez, cualquiera sea su grado, jurisdicción y pertenencia, debe ejercer el control de constitucionalidad de las normas y actos que debe aplicar como fundamento jurídico de sus sentencias” (412), se habla entonces de la posibilidad de que durante un proceso el juez se

encuentre con la contraposición de una norma constitucional y una de menor rango, la diferencia es que su resolución no hará que la norma en cuestión quede expulsada del orden jurídico, sino sólo para el caso en cuestión.

Como segundo tipo de control, tenemos el **no judicial o político**, como antecedente tiene su nacimiento en Francia, con la Revolución Francesa, y es un control que se basa en que si la soberanía es del pueblo, y el pueblo la cede al parlamento, es entonces, que el parlamento ejerce el control constitucional. Royo menciona que “[...] El parlamento es el representante de la sociedad y no hay límites jurídicos para su manifestación de voluntad. El constitucionalismo pasará a ser un constitucionalismo flexible, en el que no se distingue entre el procedimiento de reforma de la Constitución y el procedimiento legislativo.” (162). Esto en teoría y práctica contradice de alguna manera la tan importante supremacía constitucional, pues como el mismo autor menciona para que la garantía de supremacía prevalezca es necesario poder diferenciar y delimitar de manera clara la reforma constitucional y el control constitucional; entonces debe haber una reforma única para la constitución, bajo preceptos bien establecidos y reglas normadas por la misma, que permiten dotar a este cuerpo normativo de una característica única entre todas las demás, permitiendo así que esta norma tenga la capacidad de *enjuiciar* a las demás. (155)

Citando al mismo autor: “[...] La reforma de la Constitución es la garantía *extraordinaria* de la Constitución, la garantía «de los domingos» o «de los días de fiesta», por entendernos. El control de constitucionalidad es la garantía *ordinaria*, «de los días de trabajo» o «de todos los días».” (155)

Así, la constitución sólo deberá ser reformada cuando no haya más remedio y como constantemente debe ser interpretada para afirmar su validez existe el control constitucional.

Ahora, como tercer punto tenemos el control **constitucional de tipo mixto**, que como su nombre ya nos menciona, contiene elementos de los dos tipos de controles ya mencionados. Entonces Dueñas ejemplifica diciendo que:

[...] se toma del sistema judicial difuso la atribución de todos los jueces para conocer las causas en las cuales se ventila una cuestión constitucional, pero al mismo tiempo se toman del sistema político ciertos casos en que la noción de inconstitucionalidad sólo puede ser iniciada por determinados funcionarios ante un órgano político de control, el cual emite decisiones *erga omnes*. (414)

En nuestro caso, Ecuador norma el control mixto de constitucionalidad, donde como ya se había probado con las fórmulas habilitantes, existe esa jurisdicción especializada de control que recae sobre la Corte Constitucional, artículo 346 de la Constitución; donde el numeral décimo establece que dicha corte tiene la atribución de “Declarar la inconstitucionalidad en incurran las instituciones del estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales[...]”, así como también el artículo 172 establece que: “Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la constitución [...]”. También tenemos en el artículo 426 del mismo cuerpo normativo que “[...] Las juezas o jueces, autoridades administrativas

y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales [...]”.

La constitución ecuatoriana prevé entonces su aplicabilidad desde todas las funciones estatales, pero diferenciándose entre ellas en que: La Corte Constitucional es la que puede interpretar la constitución y dirimir la inconstitucionalidad de una norma y dejar sin efecto a la misma si cae en contradicción; mientras que los jueces ordinarios, servidores públicos, autoridades, etc., deben actuar según la constitución y podrán señalar actos que vayan en contra de ella.

II.B.2.c. Efectos generados por el Control Constitucional.

Al hablar del control, después de declararse la inconstitucionalidad o el contrario, tenemos que puede tener dos tipos de efecto, *inter partes* y *erga omnes*: el primero no implica mayor problema según Luis Fernando Torres pues “[...] la no aplicación al caso concreto deja la norma inconstitucional subsistente para los demás casos y con vigencia futura general [...]” (100) es decir, como Calogero Pizollo explica, “[...] la decisión del órgano no invalida la norma de alcance general, sino que sólo prescinde de aplicarla al caso o litigio concreto en el cual se está discutiendo su validez constitucional [...]” (252)

Erga omnes, efecto general, implica la nulidad de la norma en cuestión y tiene incidencia en todos los casos.

El libro *Manual de Derecho Constitucional* nos dice que tenemos que tener en cuenta que las sentencias dictadas por órgano competente del control constitucional, son distintas del resto de sentencias por cuanto, las primeras tienen un interés que trasciende al

caso del proceso pues lleva consigo la “[...]depuración del ordenamiento, y la garantía de la supremacía de la Constitución.” (310). Entonces al analizar esta parte, el autor nos dice que:

En este sentido genérico, todas las sentencias tienen efectos generales en la medida en que el Tribunal irradia sus efectos como intérprete supremo de la Constitución a través de la doctrina establecida en los fundamentos jurídicos de las sentencias (aunque el fallo pueda sólo tener efectos *inter partes*) [...] En los procesos de inconstitucionalidad, los efectos *erga omnes* están unidos a la esencia misma del objeto de la declaración de inconstitucionalidad. No cabe predicar efectos restringidos en un recurso de inconstitucionalidad. (310)

De forma más clara, cuando la Corte Constitucional se pronuncia acerca de la inconstitucionalidad de una norma o acto, la resolución emitida tiene carácter general, *erga omnes*, pues como se explicó anteriormente, el proceso sirve para la depuración del ordenamiento, así como para garantizar la supremacía constitucional.

II.B.2.d. Control Constitucional *a priori* del derecho comunitario, una aclaración de supremacía constitucional.

Ahondar en el tema del Control Constitucional, significa generar un mayor entendimiento de la dinámica entre la normativa comunitaria con el ordenamiento jurídico interno. No queda duda de que la Constitución en base a sus funciones de ordenación, fundacional y concordancia, imprime por sobre la demás normativas del orden jurídico interno, su supremacía. El control es la forma de salvaguardar dicha supremacía, en un

Derecho Comunitario en desarrollo que pone en duda la concepción constitucionalista de los estudiosos. Así Dueñas señala que:

En definitiva, al ser la legislación constitucional la más importante referencia de la personalidad jurídica de los estados, es necesario que ésta exprese un ordenamiento legal pertinente, que oriente la política de integración del país con principios modernos de derecho internacional e incluso comunitarios; es decir, que se norme la pertenencia del estado a organismos de derecho internacional o de derecho comunitario, permitiendo la aplicación directa del derecho comunitario y la primacía de sus normas frente al derecho nacional o interno, para de esa manera fortalecer el ordenamiento jurídico. (440)

De forma general, el contar con fórmulas habilitantes de integración en la constitución, fórmulas que sean claras y precisas, reforzará el proceso integracional, éste se revestirá de legalidad, además de generar un derecho supranacional que no cree conflictos con dicho cuerpo normativo. La constitución dará las directrices, consagrará los principios del Derecho Internacional y del Derecho Comunitario al cual nos regiremos, así como tendrá como objetivo la integración regional; en nuestro caso particular la nueva constitución ecuatoriana recoge todos estos conceptos.

El control constitucional es muy importante, pues cuando hablamos de la interacción de la normativa comunitaria con el derecho interno de los estados, muchas de las dudas y problemáticas que nacen se aclaran con el principio del control *a priori*, que según las palabras de Dueñas presenta una solución a la crisis que se genera en cuanto

posicionar la normativa comunitaria jerárquicamente, entonces el tratado constitutivo o normas comunitarias originarias se someten a revisión previa para determinar incongruencias bajo el dictamen de la Corte Constitucional en nuestro caso, o el órgano competente en el caso de otros estados. (417)

Si de ese control se determinase a seguir adelante con la ratificación del Tratado Constitutivo se daría una variedad de alternativas, las cuales Pizzolo aclara que son:

[...] deberá reformarse el texto constitucional en todo lo que hace a las incongruencias señaladas, o bien plantear las *reservas* del caso o *rechazar* el proyecto de tratado por inconstitucional. Pero se debe tener muy presente que, en el marco de un proceso de integración, la posibilidad de hacer reservas a tratados que permitan el desarrollo de un derecho comunitario se encuentran muy limitadas por el objeto y la naturaleza de este tipo de integración [...] (247)

En resumen, y con las palabras de Dueñas, la normativa comunitaria originaria, adquiere una validez plena dentro del ordenamiento jurídico interno y gracias al control constitucional, se tiene por entendido que la garantía de supremacía está inmersa dentro del proceso de integración, pues la constitución en ejercicio de sus funciones antes mencionadas (ordenación, concordancia y fundacional), permite la pertenencia a una determinada organización comunitaria. Menciona también que dicho control *a priori* ayudará a subsanar futuras tensiones de un posible control *a posteriori*. Además, al realizarse ese control, la constitución, en uso de su soberanía, autoriza la vigencia del derecho comunitario aunque ésta sigue teniendo la competencia en materias en las que no

cedió a la comunidad. Agregando a esto, el autor nos dice que otro importante punto del control es que éste se utiliza para los tratados fundacionales de derecho comunitario, entonces la constitución se adecúa a la naturaleza y los procesos de integración; por lo tanto el derecho comunitario derivado ya no generaría contradicción con la Carta Magna. (417, 418)

II.B.2.e. El control constitucional *a posteriori* en el Derecho Comunitario.

Es preciso mencionar también lo que los tratadistas llaman “El control constitucional *a posteriori*”, en teoría es un control de la normativa comunitaria derivada, después de que el tratado ya ha sido ratificado en todas sus partes. Muchos de los estudiosos le toman a tal control como una aberración que va en contra de los principios del derecho comunitario, pues una vez ratificado la norma originaria, se tiene sobrentendido que la normativa no contraviene ningún precepto constitucional, como ejemplo Pizzolo dice:

Supongamos por un momento que se cuestiona la *constitucionalidad* de un reglamento comunitario. Lo primero que hay que decir es que, parecería contrario a la naturaleza y a la función de dicho reglamento, que éste pueda ser considerado válido en el ordenamiento comunitario e inválido, porque contrasta con una norma constitucional de un estado miembro, en el ordenamiento interno o viceversa. (257)

No es concebible que un estado miembro caiga dentro de un control constitucional de este tipo, pues el efecto directo, principio inequívoco del derecho comunitario, se vería vulnerado, además de la inobservancia a la importancia del proceso ulterior a la firma del

tratado constitutivo. No se podría permitir que el estado miembro recurra a la inconstitucionalidad de la normativa derivada y por eso a la inobservancia de dichas leyes pues dejaría de cumplir con las obligaciones adquiridas con los demás estados miembros.

Tenemos entonces que no se puede dar el control si proviene de los órganos estatales; ese estado miembro ajustándose a la nueva realidad jurídica comunitaria deja dicho, controla órganos autónomos supranacionales, pues se les ha otorgado la competencia por lo tanto los tribunales nacionales deberán inhibirse de conocer tales casos, pues la transferencia de competencias genera las llamadas “*zonas muertas*”, es decir que el estado miembro, ya hecha la transferencia de competencia en la materia que sea, no podrá ejercer determinadas funciones ya que se ha cedido su ejercicio pleno a órganos comunitarios. En palabras de Dueñas:

El derecho comunitario ahora tiene la exclusividad de administrar determinadas competencias cedidas por el estado, y de controlar que las normas comunitarias sean coherentes con la legislación interna de cada estado miembro. Ésta es una función de su absoluta responsabilidad y ningún miembro puede inmiscuirse en este control, pues ya no es de su incumbencia. Sin embargo, en la práctica surgen algunas fricciones con las constituciones de algunos países cuando creen ver afectados sus propios intereses, y todavía no parecen admitir que cedieron competencias soberanas y con ello renunciaron a hacer cualquier control posterior. (425, 426)

El mismo autor nos señala que en el caso de Europa, al parecer los estados miembros aún no comprenden la magnitud y lo extenso que quiere llegar a ser el Derecho

Comunitario, es como si a las naciones les costara entender que el ceder competencias es primordial, ceder soberanía. Es un punto muy interesante pues, de este tema nace la crítica de que los países sudamericanos no pueden continuar con un proceso más acelerado de integración por la falta de desprendimiento de sus soberanías, se crean comunidades de integración que no avanzan por que el compromiso de los estados no es completo y siempre buscan por sus propios intereses políticos y económicos.

II.B.2.e.(1). Control Constitucional en los Estados Miembros de la Unión Europea.

Retomando el tema del control a priori, previa ratificación, examinaremos las fórmulas que permiten dicho control en algunos países pertenecientes a la Unión Europea y como fueron permisivos con el proceso de integración.

Dueñas ejemplifica el control constitucional a priori, con el ejemplo de Francia, es así que en la Constitución Francesa tenemos en su artículo 54:

Si el Consejo Constitucional, a pedido del Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de una u otra asamblea, sesenta diputados o sesenta senadores, han declarado que un Tratado Internacional contiene una cláusula contraria a la Constitución, la autorización para ratificarlo o aprobarlo no puede ser dada sino después de revisar la Constitución. (423)³⁴

Está normado en la constitución francesa que el control que se da previa ratificación de los Tratados Internacionales, es una revisión que indicará si se puede o no asumir las

³⁴ Citado por Dueñas de: Ignacio Sánchez: *Tratado de derecho comunitario europeo*, tomo I, Madrid: Civitas, 1998. p.45.

responsabilidades que el Tratado emana, dicho tratado después de pasar por este proceso de aceptación, no podrá ser declarado inconstitucional por ningún juez, dice el autor. (423)

Cuando surgió en Francia la problemática acerca de la “Inmunidad a las Decisiones Comunitarias frente a otros controles”, el Consejo resolvió en base a su Decisión n° 78/3, según Dueñas la decisión planteaba que era necesario dar dicha inmunidad a las decisiones comunitarias frente a otros controles estableciendo que: ‘Todos los tratados internacionales comunitarios regularmente ratificados o aprobados según el artículo 55 de la Constitución que pasaron el control previo, están al abrigo o al resguardo de cualquier otro control de constitucionalidad.’ (423)

Es decir, que una vez ratificados los tratados fundacionales, estos ya no caerían dentro de cualquier otro tipo de control por parte del estado francés, su permisividad y objetividad radica en que el impulso que quieren dar a la integración, para que su desarrollo sea imparable, se dé removiendo del camino un control que solo acarrearía atrasos e incongruencias con los principios del Derecho Comunitario. Acepta que la normativa derivada se dé paso dentro de la regulación interna del estado sin trabas posteriores.

El autor señala también la constitución española que en su artículo 95.1 dice: “La celebración de un tratado constitucional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional.”³⁵ Fórmula detonante del Control Constitucional por parte de España, y agrega que este es un sistema parecido al francés por cuanto se le atribuye al Tribunal Constitucional “[...] la doble tarea de preservar la

³⁵ Citado por Dueñas: Pizzolo, *Pensar el Mercosur*; o. cit., p. 78.

Constitución y de garantizar la seguridad y estabilidad de los compromisos a contraer por España en el orden internacional [...]” (424)

Agregando a lo anterior, Pizzolo recoge el pronunciamiento del Tribunal Constitucional Español sobre esto que señala:

Aunque la forma de dicha declaración no pueda merecer la calificación legal de Sentencia [...] es una decisión jurisdiccional con carácter vinculante [...] y, en cuanto tal, produce *erga omnes* [...] todos los efectos de cosa juzgada, tanto los negativos excluyentes, que impedirían trasladar a este tribunal la estipulación objeto de la resolución a través de procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, cuanto positivos o prejudiciales que han de obligar a todos los poderes públicos a respetar y ajustarse a nuestra declaración [...]”³⁶

La regulación española respeta la primacía del Derecho Comunitario Europeo, es así que los órganos comunitarios podrán ser los únicos que resuelvan problemas comunitarios, el estado español deberá abstenerse de conocer casos que no caen dentro de su competencia.

En Portugal el control se da por parte del Tribunal Constitucional, esto se encuentra en el artículo 278.1 que dice:

El Presidente de la República podrá requerir al Tribunal Constitucional que efectúe una interpretación previa de la constitucionalidad

³⁶ Citado por Calogero Pizzolo: “Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992”. p 498.

de cualquier norma contenida en un tratado internacional que se le haya sometido para ratificación, del decreto que le haya sido enviado para promulgación como ley o como decreto-ley o de cualquier acuerdo internacional cuyo aprobatorio le haya sido remitido para su firma.³⁷

Del análisis que genera Pizzolo sobre el control constitucional en Portugal, se desprende que si se puede dar el control *a posteriori* de normativa derivada del Derecho Comunitario, por cuanto cabe la posibilidad de dichos controles por vía ordinaria o por directamente al Tribunal, incluso en jurisprudencia³⁸, dicho Tribunal, ha manifestado de forma favorable la posibilidad del control a posteriori. El autor agrega que “[...] Esta jurisprudencia [...] se opone a la mantenida por el TCES para quien la revisión a priori tiene todos los efectos de cosa juzgada lo cual impide cualquier revisión posterior [...]” (502)

Después del análisis realizado a distintos controles *a priori* y *a posteriori* en algunos países europeos, examinaremos el resultado de la contradicción entre normativa originaria con la constitución de los estados miembros, en donde tenemos entonces que dada la situación expuesta se puede originar:

1. La declaración de inconstitucionalidad del Tratado, que acarrearía el retiro del estado miembro de la Comunidad Europea.
2. La inmediata reforma de la Constitución

³⁷ Citado por Calogero Pizzolo: se cita según “la versión castellana de la Constitución de la República Portuguesa”. p. 502.

³⁸ Cfr. Sentencias 66/84 y 85/85.

Una vez ratificado y hecha la transferencia de soberanía por parte de los estados miembros al derecho comunitario queda en manos de las instituciones de la Unión Europea la creación de normativa derivada que se aplicará directamente a los países miembros, como si este se tratara de Derecho Interno.

Las instituciones generadas en el proceso, generan normas en ejercicio de las competencias que les ha sido transferida y estas tendrán efecto directo y aplicación directa dentro de los estados miembros, en definitiva, la normativa generada por dichos organismos supranacionales no podrá caer dentro del control constitucional interno de los estados, estamos hablando entonces de las llamadas “*zonas muertas*” ya que no está dentro de la competencia nacional.

Al existir contradicción del derecho interno con las normas comunitarias, es imperativo que las autoridades nacionales dejen de aplicar la normativa interna para dar paso a la normativa comunitaria, los órganos judiciales internos de los estados se ven en la obligación de proceder con normativa derivada de los tratados de integración dentro del proceso particular o estatal y la legislación interna también será controlada por los órganos competentes comunitarios.

II.B.2.e.(1).(a). Control *a posteriori* en la Unión Europea, manejo de la normativa derivada.

El control constitucional a posteriori, responde a la herramienta con la que cuenta la Unión Europea para que la creación de normativa derivada no contradiga a la normativa originaria del proceso de integración. Hay que recalcar que ya no está en manos de los países miembros ejercer control sobre normativa derivada de la

Unión Europea pues iría en contra de los principios del Derecho Comunitario, entorpeciendo el proceso e impidiendo el carácter imperativo de la normativa comunitaria. En este sentido Juan Carlos Dueñas expone:

El Derecho Comunitario ahora tiene la exclusividad de administrar determinadas competencias cedidas por el estado, y de controlar que las normas comunitarias sean coherentes con la legislación interna de cada estado miembro. Esta es una función de su absoluta responsabilidad y ningún miembro puede inmiscuirse en este control, pues ya no es de su incumbencia [...] (426)

El tribunal generado en la comunidad es un verdadero tribunal constitucional, controla la actuación de los estados miembros, las instituciones comunitarias y siempre está cuidando que los actos estatales y comunitarios vayan de la mano con el Tratado Fundacional.

Para que la Comunidad Europea pueda asegurar del cumplimiento de su normativa, las personas naturales o jurídicas tienen diferentes recursos que pueden interponer ante el Tribunal, quien deberá velar por la aplicación armonizada de las normas y el respeto del Tratado Fundacional.

Es así que se podrá interponer ante el tribunal los procedimientos en:

- 1. Cuestiones Prejudiciales:** bajo los preceptos de prevalencia y directa aplicación de la normativa, los órganos jurisdiccionales nacionales pueden pedir al Tribunal que interprete un punto de derecho de la Unión Europea. Es decir que, busca control

sobre la interacción de los jueces nacionales de los países miembros con la normativa comunitaria, en otras palabras su correcta aplicación y prevalencia por sobre normativa nacional.

2. **Recursos por Omisión:** El Parlamento, el Consejo y la Comisión se ven obligados a tomar decisiones en determinadas circunstancias, si no lo hacen, la legitimación activa para reclamar recae en los estados miembros e instituciones de la comunidad, persona natural o jurídica y el Banco Central Europeo, así el Tribunal tendrá que hacer pronunciamiento al respecto.
3. **Recursos por Anulación:** Se trata de un control de legalidad de los actos que se adoptan en el Parlamento Europeo y el Consejo, de la Comisión y del Banco Central Europeo, que no sean recomendaciones o dictámenes, es decir que el tribunal se pronunciará sobre incompetencia, vicios sustanciales, violación del tratado.
4. **Recursos por Incumplimiento:** en este recurso se da el control del cumplimiento de las obligaciones contraídas por los estados miembros, es decir por no aplicar el derecho de la Unión Europea.
5. **Recursos Directos:** Es la que interponen los particulares, personas jurídicas o naturales en contra de las decisiones o acciones de la Unión Europea. (UE. Tribunal de Justicia)

Es importante señalar que incluso en la Comunidad Europea existe resistencia de la noción de que el completo control quede en manos de los órganos supranacionales, es y siempre será discutida, no todos los países europeos, y creemos también los países de los diferentes bloques económicos a nivel mundial, quieren limitar hasta tal punto su soberanía no consideramos que la cesión de competencias soberanas sea comprendida o aceptada por

completo, por lo que siempre nos enfrentamos a la resistencia estatal a no pronunciarse sobre temas en los cuales ya no tiene competencia. En la investigación de Dueñas se señala que en Alemania e Italia en sus Cortes Constitucionales han dado fallos que permite el control de normativa que se refiere a los derechos individuales, demostrando la renuencia que existe aún al alcance de la normativa comunitaria.³⁹ (425)

II.B.2.e.(2). Control Constitucional en los Estados Miembros de la Comunidad Andina.

Al retomar el control constitucional buscaremos las fórmulas habilitantes en las Constituciones de los países miembros de la CAN, Humberto Quiroga nos dice acerca del tema que:

Sin control el sistema político y constitucionalidad del estado no tiene asegurado su equilibrado funcionamiento. El arte de la buena organización política radica en establecer un sistema de control múltiple y variado, tanto interno como externo a la organización misma, sea por órganos o mecanismos estatales como por el control social. [...] (34)

Entonces en cuanto al control constitucional, lo que compete al tema de fórmulas habilitantes nos vamos a concentrar en el tipo de control concentrado, es decir que recaerá sobre órganos nacionales especializados con competencia y fuero constitucional que podrán ejercer dicho control sobre Tratados Internacionales.

³⁹ Citado por Dueñas de: Araceli Mangas Martín: *Derecho comunitario Europeo y derecho español*, Madrid: Tecnos, 1987, p. 114.

En la Constitución del Ecuador el control es de tipo mixto, se da por medio de la Corte Constitucional (artículo 436) que Dueñas señala como “[...] una jurisdicción constitucional especializada, por magistrados letrados, los cuales a través de sus sentencias tienen el monopolio de la expulsión de las normas inconstitucionales del ordenamiento jurídico” (432). La Corte emitirá dictamen previo y vinculante de constitucionalidad cuando se trata de Tratados Internacionales, previo a su ratificación por la Asamblea Nacional (artículo 438).

En la *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional* del Ecuador, en su artículo 2, numeral 3, que nos habla de los Principios de la Justicia Constitucional, y nos dice “Los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante.”⁴⁰, para agregar, en su artículo 187 dice: “Únicamente con ocasión del ejercicio de las atribuciones establecidas en el artículo 436 de la Constitución, la Corte Constitucional producirá precedente constitucional, que será obligatorio y vinculante en los términos previstos en la Constitución y en la presente ley.” El control constitucional en el Ecuador es la verificación de la conformidad del contenido del tratado internacional con las normas constitucionales, así como el *examen* del cumplimiento de las reglas procedimentales para su respectiva vigencia en el derecho interno del país (negociación, suscripción y aprobación, y cumplimiento del trámite legislativo respectivo artículo 108).

Al hablar de los tratados que son susceptibles de control constitucional en el Ecuador, estos se realizarán a los tratados internacionales que requieran aprobación

⁴⁰http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=5198&Itemid=554

legislativa, y su control se dará antes de su ratificación, previo a iniciarse el respectivo proceso de aprobación legislativa (artículo 110, numeral 1). Al continuar encontramos en el artículo 111 el Trámite del Control Constitucional y este se sujetará a las siguientes reglas:

2. Para el control constitucional previsto en el numeral 1 del artículo 110, se seguirán las siguientes reglas:

a) La Presidenta o Presidente de la República enviará a la Corte Constitucional copia auténtica de los tratados internacionales, en un plazo razonable. En caso de no hacerlo, la Corte Constitucional lo conocerá de oficio.

b) Una vez efectuado el sorteo para la designación de la jueza o juez ponente, se ordenará la publicación a través del Registro Oficial y del portal electrónico de la Corte Constitucional, para que dentro del término de diez días, contados a partir de la publicación, cualquier ciudadano intervenga defendiendo o impugnando la constitucionalidad parcial o total del respectivo tratado internacional.

c) La Corte Constitucional deberá resolver dentro del término de treinta días contados a partir de la finalización del término para la publicación antes mencionada. En caso de no hacerlo, se entenderá que existe informe favorable de constitucionalidad, y el respectivo tratado será remitido para la aprobación legislativa.⁴¹

⁴¹http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=5198&Itemid=554

En la Constitución de Perú al hablar de los Tratados en su capítulo segundo tenemos que “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional” (art. 55°) pero la relación de normativa interna con la comunitaria es complicada. En el artículo 200° de la Constitución se establece que el Tribunal Constitucional sea el órgano que se encargue de la constitucionalidad con efectos *erga omnes*, el problema con esto, dice Dueñas, es que se realiza un control constitucional a posteriori que pone en duda la buena fe del estado peruano al poder declarar la inconstitucionalidad de las obligaciones emanadas por el Tratado, el artículo dice: “Son garantías constitucionales: [...] 4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, [...]”⁴² (434)

En la Constitución de Colombia en su artículo 241 numeral 10, se establece que a la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la constitución, por lo tanto cumplirá con la función de decidir sobre la *exequibilidad* de los tratados internacionales y de las leyes que lo aprueben, el Gobierno tendrá que remitir dichos tratados a la Corte, si está los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas, caso contrario no serán ratificados, además también tenemos en el artículo 150 que los tratados tendrán que ser aprobados por el Congreso.

Al hablar del control constitucional colombiano, Dueñas nos dice que:

En cuanto al procedimiento, el control que presenta la Constitución colombiana es *a priori*. Es ésta una de las más completas constituciones del continente, ya que plantea que todas y cada una de las normas

⁴² Constitución Política del Perú de 1993, actualizada hasta reformas introducidas por la Ley 27 365, del 02.11.2000.

convencionales internacionales pasen automáticamente por el control previo a su ratificación a cargo de la CCC (Corte Constitucional Colombiana).

Esta revisión es de carácter obligatorio y condice con un control integral previo y automático; así lo dispone el artículo 241 numeral 10 de la constitución colombiana, el cual consagra la primacía del orden jurídico internacional y facilita de manera efectiva y ordenada la vinculación de normativa interna con procesos integradores. (432)

La Constitución de Bolivia en su artículo 116° numeral IV, establece que el control de constitucionalidad se ejerce por el Tribunal Constitucional y por lo tanto artículo 120° son atribuciones del Tribunal conocer y resolver 9ª. *La Constitucionalidad de tratados o convenios con gobiernos extranjeros y organismos internacionales*. Dueñas señala que:

Esta norma da a entender que implícitamente se reconoce que la constitución se encuentra por encima de los tratados o convenios internacionales; sin embargo, dentro del ordenamiento jurídico de Bolivia no existen disposiciones expresas sobre el lugar jerárquico que ocupan preceptos internacionales o comunitarios.

[...] el tema de la preeminencia de los tratados, concordatos, convenios internacionales y las normas del derecho comunitario [...] no están debidamente legislados en el texto constitucional ni en las leyes de Bolivia. (440)

Entonces es importante, no sólo para Bolivia, sino para todos los estados miembros que para el proceso de integración regional, siendo la constitución la *más importante*

referencia, sea la que permita la aplicación directa y norme la primacía de la normativa comunitaria, así el proceso se tiñe de formalidades necesarias para su buen desarrollo.

II.B.2.e.(2).(a). Control a posteriori en la Comunidad Andina, manejo de la normativa derivada.

Ahora, al hablar de la normativa derivada en la *Comunidad Andina* debemos tener claro que, como Dueñas cita:

‘Las normas del derecho derivado son actos adoptados por las instituciones de la comunidad en las que participa cada estado miembro en virtud de un poder normativo de que los estados se han desprendido. Las normas del derecho derivado pertenecen a un sistema jurídico nuevo y distinto de los ordenamientos de los estados miembros. El pertenecer a esta comunidad, en consecuencia, implica someterse también a la jurisdicción creada, que es la única que puede juzgar la validez de sus propias normas.’ (421)⁴³

En la Decisión n° 500 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en su artículo 4 dice:

El Tribunal es el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina, de carácter supranacional y comunitario, instituido para declarar el derecho andino y asegurar su aplicación e interpretación uniforme en todos los países miembros.

⁴³ Citado por Dueñas de: Aída Kremelmajer de Carlucci: “Derecho comunitario y derecho constitucional”, en *Integración regional, perspectivas para América Latina*, San Juan: Fundación Universidad Nacional de San Juan, 1994, p.64.

El Tribunal, en ejercicio de sus atribuciones, actuará salvaguardando los intereses comunitarios y los derechos que los países miembros poseen dentro del ordenamiento jurídico andino. (Decisiones de la CAN)

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina⁴⁴, siendo un órgano con supranacionalidad plena, tutela la integración andina pues en el Tratado de Creación de dicho órgano tenemos que es competente para conocer y generar control mediante las siguientes acciones:

1. Acción de incumplimiento:

Cuando la Secretaría General considere que un país miembro ha incurrido en incumplimiento de sus obligaciones o convenios emanados del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina; cuando un país miembro considere que otro país miembro ha incurrido en incumplimiento de la normativa comunitaria y el mismo caso en personas jurídicas o naturales afectadas podrán acudir a la Secretaría General que después de cumplirse los plazos y proceso deberá solicitar el pronunciamiento del Tribunal.

2. Acción de Nulidad:

El ordenamiento jurídico andino prevé el control de legalidad de los actos comunitarios a través de la acción de nulidad. Mediante esta acción los Países Miembros de la Comunidad Andina, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión y las personas naturales y jurídicas (estas últimas solo cuando las normas impugnadas afecten derechos subjetivos o intereses legítimos) pueden actuar contra las decisiones, resoluciones y convenios de complementación industrial que

⁴⁴ Ver sección I.B.1.a.(2).

hayan sido dictados en violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino. Lo que se busca es que la normativa originaria, de jerarquía superior, no sean trasgredidas por la normativa derivada.

3. Recursos por Omisión o Inactividad:

Cuando el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina o la Secretaría General, se abstuvieren de cumplir una actividad a la que estuvieren obligados expresamente por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, dichos órganos, los países miembros o las personas naturales o jurídicas podrán requerir el cumplimiento de dichas obligaciones.

4. Interpretación Prejudicial:

Compete al Tribunal interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros.

5. Función Arbitral:

El Tribunal es competente para dirimir mediante arbitraje las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos, suscritos entre órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración o entre éstos y terceros; también los particulares, cuando las partes así lo acuerden.

6. Jurisdicción Laboral:

Le compete conocer las controversias laborales que se presenten dentro de las instituciones del Sistema Andino. (Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.)

Entonces este órgano supranacional, con competencia conferida por los países miembros tiene distintas potestades para ejercer el control de la normativa comunitaria, como vemos los recursos que hay como anteponer ante el tribunal permite dicho control.

Así que, concluyendo con Dueñas, encontramos que en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano* en su ponencia “*Constitución y Relaciones Internacionales*”, nos dice que:

El Tribunal como cabeza de un verdadero poder judicial no sólo tiene competencia para resolver los conflictos entre los estados miembros y los particulares, sino también entre los estados, los particulares y los órganos de gobierno de la comunidad. Tiene asimismo el control jurisdiccional sobre todos los actos en las materias de la competencia de la comunidad. Sus sentencias son de cumplimiento obligatorio y de aplicación inmediata.⁴⁵

(419)

⁴⁵ Citado por Dueñas de: Isaac Guy: *Manual de Derecho Comunitario general*, 1.ª ed., Barcelona: ed. Murcia, 1995, p. 98.

CAPÍTULO III:

ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS,

SUBSIDIARIEDAD Y PROPORCIONALIDAD EN EL

DERECHO COMUNITARIO.

III.A. Atribución de Competencias.

El Derecho Comunitario, con su extenso y largo desarrollo ha logrado formar parte integral de la realidad jurídica de los estados miembros. Sus instituciones dotadas de autonomía a través de sus competencias, inciden de forma importante en el ordenamiento jurídico interno de los estados. Los principios del Derecho Comunitario, la flexibilidad de conceptos y la gran suma de desarrollo conceptual nos lleva a mirar detenidamente una parte fundamental del proceso de integración sin la cual no se pudiera concebir al Derecho Comunitario como se lo describió antes.

En palabras de Manuel Sobrino:

El proceso de integración [...] se cimienta sobre el Derecho comunitario [...] Este Derecho de Integración, propio y autónomo, se crea, aplica y desarrolla, gracias a que los Estados miembros han consentido limitar, a favor de las instituciones comunitarias y en ámbitos específicos, el ejercicio de sus derechos soberanos. (38)

Cuando hablamos en el primer capítulo acerca de concepto de soberanía, quería que tuviéramos una visión amplia de su desarrollo y de cómo se tuvo que flexibilizar para así promover la integración regional tanto en Europa como en América Latina. Competencias que antes sólo recaían en el estado, llamados *derechos soberanos*, fueron atribuidas a instituciones supranacionales mediante normativa originaria que permitió dotar al Derecho Comunitario y sus instituciones de características propias de ella.

Muchos autores coinciden que a la hora de analizar la atribución de competencias, el mejor ejemplo que tenemos a nivel mundial es el caso de la Unión Europea, sobre esto Manuel Sobrino nos dice:

En efecto, para conseguir los objetivos mencionados y para desarrollar mediante unas normas jurídicas propias y autónomas el mercado interior único y las políticas que lo complementan, la Unión Europea tiene atribuidas una serie de funciones y de competencias. [...] no gozan de competencias ilimitadas y ello a pesar de estar destinadas a la prosecución de amplias metas y a ejercer poderes de vasto alcance, puesto que, a diferencia de los estados y a semejanza de las demás organizaciones internacionales, no poseen, según la expresión tradicional, más que una simple competencia de atribución. (38)

Pero se habla de que las competencias conferidas son de naturaleza limitada, pues el art. 3 B) del Tratado de la Comunidad Europea establece: “La comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente tratado y de los objetivos que éste le asigna.”

José A. Girón dice:

[...] la delimitación del conjunto de competencias exclusivas está sujeto a evolución en función de la progresión de la integración comunitaria, añadiendo que la exclusividad de las competencias no resulta de la naturaleza de las materias integradas, sino de las necesidades de actuación que plantea la realización de los objetivos comunitarios. (124)

Esto al hablar de las competencias exclusivas⁴⁶, pero generalizando, el catálogo de competencias, a pesar de no ser precisas, van desarrollándose y evolucionando dependiendo de la necesidad de las instituciones y de la comunidad, para alcanzar los objetivos planteados en el tratado pueden atribuirse competencias distintas pero siempre teniendo en cuenta el principio de subsidiariedad y proporcionalidad.

Analizando un poco más el concepto de *Catálogo de Competencias* llamado así por José Martín y Pérez de Nanclares, que nos explica que en los Estados Federados⁴⁷ se busca la descentralización de competencias para lo cual ellos generan un “catálogo” que enumera detalladamente las competencias atribuidas a cada Federación; hay también las competencias exclusivas del estado que opera a través de los entes inferiores, se habla de que cuanto más recientes las constituciones, más detallado el catálogo; se da la distribución de competencias para discernir si una materia en específico entra dentro de la esfera competencial de un ente superior o un ente inferior. (348)

En el Derecho Comunitario se produce una atribución competencial a un ente superior, pues tras la firma del tratado constitutivo los países miembros otorgan o atribuyen distintos tipos de competencias a los órganos comunitarios, dotándoles de un poder autónomo y supranacional. Ana Isabel Sánchez Ruiz nos dice:

Como organizaciones internacionales compuestas por estados soberanos, las CC.EE. gozan de competencias denominadas «de atribución»,

⁴⁶ Habla de la atribución de competencias soberanas a ámbitos supranacionales, entonces los organismos internacionales adquieren dicha competencia, desplazando la actuación de los Estados Miembros. Ver sección III.A.1.a.

⁴⁷ Conjunto de territorios que se rigen por leyes propias, aunque ciertas decisiones queda en manos del poder federal central que actúa como un “súper estado”.

es decir, mientras los Estados ostentan la totalidad de poderes y competencias originariamente, las organizaciones instrumentales que éstos crean disponen de los poderes que los mismos les asignan para ser ejercidos en común. (68)

Cuando apuntamos a la descentralización de competencias, vital para el funcionamiento de los organismos internacionales tipo regional y también para el correcto funcionamiento de los estados dentro de sus propias fronteras, encontramos dos conceptos: una descentralización hacia arriba y otra hacia abajo. Jonas Frank en el libro *Procesos de descentralización en la Comunidad Andina* nos explica que: “La descentralización de competencias puede darse hacia ‘arriba’, es decir, desde el nivel nacional hacia un nivel supranacional, y, por otro lado, hacia ‘abajo’, es decir, al transferir responsabilidades hacia los niveles subnacionales [...]” (414)

El mismo autor al hacer un análisis de la descentralización hacia un nivel supranacional nos explica que en la región tenemos como ejemplo a la Comunidad Andina de Naciones, que con una existencia de más de treinta años no ha logrado un avance significativo en el tema, esto muy distinto en la Unión Europea donde se ha logrado crear un sistema de administración en el cual existen políticas y normas compartidas para los estados miembros, que se realiza bajo el principio de subsidiariedad. (414)

III.A.1. Clasificación de Competencias atribuidas.

En cuanto a la clasificación del reparto de competencias Ana Carretero García explica que en los Tratados de la Comunidad Europea no existe expresamente ningún tipo

de criterio para la clasificación acerca de este tema, pero que según los doctrinarios se puede deducir tres tipos de competencias:

III.A.1.a. Competencias Exclusivas.

Las competencias exclusivas que son aquellas en las que queda excluida la intervención de los estados miembros, en otras palabras, son las competencias atribuidas en el tratado constitutivo que son exclusivas para los órganos comunitarios, consecuentemente sólo ellos podrán actuar bajo estas competencias y los estados no podrán participar ni tener ninguna injerencia en el tema competencial del órgano.

José Martín y Pérez de Nanclares señala que ‘Reconocer a la Comunidad competencias exclusivas supone que los Estados pierden inmediata e irreversiblemente toda posibilidad de intervención en el ámbito competencial de que se trate. La atribución resulta, así total, definitiva y absoluta’⁴⁸ y agrega como ejemplo la atribución de competencias por parte de los estados a la Comunidad Europea en materias como la política monetaria, política comercial (sólo mercancías), conservación de recursos marinos y determinados aspectos del Derecho Institucional. (356)

Cuando se habla de este tipo de competencias, dice Ana Carretero, encontramos la posibilidad de que se dieran lagunas en las distintas materias cuando no hubiera acción comunitaria, esto requirió la introducción de dos soluciones:

1. **Habilitación a favor de los estados miembros:** cuando la comunidad es titular exclusivo de una competencia, los estados únicamente podrán intervenir

⁴⁸ Citado por José Martín y Pérez de Nanclares de la sentencia de 5 de mayo de 1981, Comisión vs. Reino Unido (804/79, Rec., p. 1045), apartados 17-23.

mediante una habilitación específica, expresa e interpretada restrictivamente, que otorga la comunidad a los estados miembros.⁴⁹

2. **Gestión del Interés Comunitario:** aparece tras la sentencia Comisión versus Reino Unido⁵⁰, en la cual dice que los estados miembros podrán intervenir excepcionalmente en condición de “depositarios del interés común en el marco de un proceso de colaboración con la Comisión [...]” (32). Es decir, que su intervención será para apoyar a la Comisión en la consecución de los objetivos, pero como la palabra lo dice solo son “depositarios” esto tiene implícito que cuando exista acción comunitaria, el estado dejará de lado dicha competencia.

Las dos posibilidades antes mencionadas podrán ser requeridas por la comunidad y los estados miembros, aunque “cualquier acto ulterior de la comunidad en un ámbito competencial exclusivo desplazaría las medidas estatales adoptadas, de donde se deduce además el carácter provisional de las mismas.” (32)

Para José A. Girón: “Las competencias exclusivas son aquellas que se ejercen en sectores de actividad cuya regulación y gestión han pasado por completo al ámbito de actuación de las instituciones comunitarias, de forma que los estados quedan excluidos del ejercicio de sus competencias [...]” (123), él distingue a las competencias exclusivas de dos formas:

1. **Las que son exclusivas por naturaleza:** que son las competencias atribuidas por algún artículo del Tratado Constitutivo de la Comunidad

⁴⁹ Jurisprudencia: sent. Del TJCE del 15 de diciembre de 1976 (41/76).

⁵⁰ Jurisprudencia: sent. Del TJCE de 5 de mayo de 1989 (804/89).

Europea (TCE) a sus instituciones comunitarias, esto quiere decir que el TCE expresamente otorga dichas competencias y excluye de su ejercicio a los estados miembros.

2. **Competencias exclusivas por ejercicio:** esta habla de que en función de la consecución de los objetivos señalados en el Tratado, aunque no se encuentre de forma expresa en el TCE, la Comunidad por lograr dichos objetivos excluye de la competencia a los estados miembros, que ya no podrán utilizar sus propios poderes en sentido distinto a la actuación de la Comunidad Europea, en otras palabras ‘excluye la posibilidad de una competencia concurrente de los estados miembros’⁵¹ (126)

En la Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en el artículo 3 es donde se recoge las áreas o ámbitos en los que la Unión Europea dispone de competencia exclusiva y dice:

1. La Unión dispondrá de competencia exclusiva en los ámbitos siguientes:

- a) la unión aduanera;

- b) el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior;

- c) la política monetaria de los Estados miembros cuya moneda es el euro;

⁵¹ Citado por José A. Girón en *“La Unión Europea, la Comunidad Europea y el derecho comunitario”*.

d) la conservación de los recursos biológicos marinos dentro de la política pesquera común;

e) la política comercial común.

2. La Unión dispondrá también de competencia exclusiva para la celebración de un acuerdo internacional cuando dicha celebración esté prevista en un acto legislativo de la Unión, cuando sea necesaria para permitirle ejercer su competencia interna o en la medida en que pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas.

III.A.1.b. Competencias Compartidas.

Dentro de este, Ana Carretero García distingue dos tipos de competencia: las concurrentes y las complementarias.

Las primeras hablan de la posibilidad de que exista la concurrencia de ejercicio de competencias entre la comunidad y los estados miembros, aunque a acción ulterior de la comunidad la competencia queda desplazada del estado miembro. Sin embargo, dice la autora:

[...] mientras en el caso de las competencias exclusivas no puede admitirse nunca un desapoderamiento total de las instituciones comunitarias a favor de los estados miembros, nada impediría que las competencias concurrentes –que en este caso no son producto de la voluntad comunitaria

constituyente- vuelvan a los estados miembros como competencias “desplazadas” tras la intervención comunitaria. (33)

Para José Martín y Pérez de Nanclares, las competencias compartidas, *que son la mayoría de competencias*, la intervención de la comunidad desplaza al estado miembro de su ejercicio y establece que, con el paso del tiempo una competencia originalmente compartida puede terminar siendo exclusiva por la profunda intervención de la comunidad en la materia específica. (357)

Las segundas, llamadas competencias complementarias, son aquellas en que la comunidad presta su intervención y apoyo a los estados miembros, pero sin desplazar la competencia estatal en ningún punto; como ejemplo en la Comunidad Europea tenemos el caso de “[...] materias⁵² como educación, formación profesional, juventud, cultura, y salud pública; ya que en estos supuestos la acción de la comunidad debe limitarse a ‘favorecer y fomentar’ la cooperación entre los estados miembros, ‘apoyando y complementando’ la acción de éstos sólo si fuera necesario⁵³”. (33)

Al explicar las competencias complementarias, José Martín y Pérez de Nanclares exponen que: “[...] competencias complementarias serían aquellas cuyo ejercicio por la comunidad no priva al estado miembro de ninguna atribución. La acción de la comunidad lo es simplemente de apoyo (o complemento) de la competencia estatal, por lo que no se desplaza de modo alguno la estatal [...]” (357)

⁵² Articulado en el TCE
Educación: (art. 149 TCE).
Formación Profesional: (art. 150 TCE).
Cultura: (art. 151 TCE).
Salud Pública: (art. 152 TCE).

⁵³ Arts. 126 a 129 del Tratado de la Comunidad Europea.

Es así que las complementarias sólo se verán apoyadas por la comunidad, para alcanzar los objetivos y logros impuestos por el Tratado, más no existe un desplazamiento de ellas de las manos del estado, aunque si existe la posibilidad del desplazamiento de las manos estatales dependiendo de la profundización de la integración.

III.A.1.c. Competencias Implícitas⁵⁴

En el ámbito comunitario se reconoce la existencia de las competencias implícitas, que se manejarán en función de los objetivos del tratado, esto quiere decir que son competencias que no prevén su ejercicio sino cuando resulte absolutamente necesario para el bienestar del proceso de integración. Ana Isabel Sánchez Ruiz nos dice que “[...] las competencias implícitas de las comunidades son aquellas que se derivan razonablemente de otras expresamente atribuidas en los Tratados, de modo que sin que se reconozcan aquéllas, éstas no podrían lograr plena eficacia o no sería posible su ejercicio.” (71)

En este tipo de competencias, como en las concurrentes es necesario dilucidar el accionar comunitario en base a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, temas detallados a continuación.

III.B. Principio de Subsidiariedad.

Como antecedente del Principio de subsidiariedad, Ana Carretero nos dice que no es una invención para el derecho de integración, es entonces un concepto que ha existido en varios ámbitos, como por ejemplo, la Iglesia Católica que recogió la subsidiariedad para la

⁵⁴ Ver sección III.D

limitación de la actuación del estado frente a cuestiones de la familia, el capitalismo que la uso para limitar la acción del estado en la economía, etc. (46)

La subsidiariedad es un principio consagrado para que en caso de la existencia de competencias no exclusivas, la comunidad pueda tomar la decisión de actuar u omitir su actuación en base a la necesidad de la misma y a la eficacia del accionar comunitario o estatal; al respecto Carretero nos dice:

[...] tratándose de competencias concurrentes, en el caso de que la Unión no ejerciera dichas competencias, los estados podrían intervenir, pero con el matiz de que la Unión debería asumir esas competencias siempre que su ejercicio diera resultados más eficaces que si las ejercitaran los estados por separado, en particular aquellas que por sus dimensiones o efectos excedieran de las fronteras nacionales.

[...] la comunidad no debía asumir nuevas competencias más que cuando su ejercicio a nivel europeo fuera absolutamente necesario para el interés de los ciudadanos y su plena eficacia sólo pudiera lograrse desde el plano comunitario. (48)

Hasta 1990 no se había tenido una clara noción del principio de subsidiariedad en la Unión Europea, hasta que la Comisión Institucional del Parlamento Europeo, por tratarse de un principio de gran importancia para la comunidad y preocupados por garantizar su eficacia, autorizó la realización de un informe que ayudó a dilucidar el principio, Giscard'Estaing fue el ponente escogido y desarrolló los documentos: A3-163/90 que

contendría el *informe provisional* y el A3-267/90, la *resolución sobre el principio de subsidiariedad*.

En el informe provisional se define a la subsidiariedad como el principio “según el cual la Unión deberá ocuparse de aquellas funciones que por su envergadura, sus repercusiones o por motivos vinculados a su mejor aplicación, puedan ser llevadas a cabo de manera más eficaz por las instituciones de la Unión, que por cada uno de los estados miembros.” Dentro del informe, señala Carretero, se distinguen dos tipos de subsidiariedad, la vertical, que hace referencia al reparto de competencias entre la comunidad, los estados y las regiones, y la horizontal, que se refiere al juego de competencias entre poderes públicos y fuerzas sociales.

Carretero señala que en el Documento A3-267/90, que contendría el informe definitivo sobre el principio, Giscard genera una propuesta para normar el principio, añadiendo al Tratado de la CEE un art. 3 bis:

La comunidad sólo intervendrá para llevar a cabo las tareas que le corresponda de conformidad con los tratados para alcanzar los objetivos señalados en los mismos. Si las competencias comunitarias no se concedieran de forma exclusiva o completa a la comunidad, ésta actuará para poner en práctica su acción en la medida que sea necesaria su intervención para la realización de estos objetivos porque sus dimensiones o efectos rebasen las fronteras de los estados miembros, o bien porque puedan realizarse de manera más eficaz a nivel comunitario, que a nivel de los estados miembros por separado. (49)

Incluso se señala que en el Informe de Giscard, cuando se habla del principio de subsidiariedad, no sólo se está hablando de las competencias concurrentes, sino de toda acción comunitaria, es entonces que es un atributo exclusivo de la comunidad generada para el fortalecimiento de la Unión Europea, con las premisas de necesidad de la acción y mayor eficacia de la misma. (50)

En el último trimestre de 1992 el Consejo Europeo de Birmingham en su Declaración destaca que “corresponde a cada estado miembro decidir cómo debe ejercerse nacionalmente sus poderes” es así que “La comunidad sólo puede actuar cuando los estados miembros la han facultado para ello en los Tratados” las medidas a nivel comunitario solo se darán cuando sea adecuado y necesario y “el marco para ello lo constituye el Tratado de Maastricht”, lo que se intenta es que no se produzca una centralización de poderes en la comunidad sino una participación activa por parte de todos los miembros de la Unión Europea.

En la Declaración, antes mencionada, se habla de la búsqueda de que los estados miembros gocen de la máxima libertad para alcanzar con sus objetivos mediante legislación que no sea restrictiva; la legislación debe aplicarse y cumplirse eficazmente, sin que tenga incidencia innecesaria en la vida de los ciudadanos, es por eso que en el Anexo I, numeral 5 se declara “[...] que las decisiones deben adoptarse lo más cerca posible de los ciudadanos”⁵⁵.

⁵⁵ Consejo Europeo, Birmingham 16 de Octubre de 1992. Conclusiones de la Presidencia.

En el *Protocolo sobre la aplicación de los Principios de Subsidiariedad y de Proporcionalidad* se trata de formalizar algunos aspectos de la subsidiariedad, entre los cuales, encontramos los siguientes:

- Se habla de que la Subsidiariedad es un concepto dinámico, pues dependiendo del nivel al que se actúa podría variar en función de las circunstancias. En otras palabras “[...] Permite que la intervención comunitaria se amplíe cuando las circunstancias así lo exijan e, inversamente, que se restrinja o abandone cuando deje de estar justificada.”⁵⁶
- Cualquier propuesta legislativa por parte de la comunidad, deberá contener una declaración relativa a sus efectos sobre la aplicación del principio de subsidiariedad.
- Cuando se presente un acto comunitario, se adoptará el de menos grado posible de obligatoriedad (preferiblemente directivas por sobre reglamentos).
- Las competencias que el tratado atribuye a la Comunidad Europea no se pone en tela de juicio por el principio de subsidiariedad, dicho principio “[...] ofrece una orientación acerca de cómo deben ejercerse esas competencias a nivel comunitario [...]”⁵⁷

En la *Versión Consolidada del Tratado de la Unión Europea*⁵⁸, en el preámbulo, artículo 5, numeral 4 se establece que:

⁵⁶ García, Carretero Ana, **Los principios de Atribución de Competencias, Subsidiariedad y Proporcionalidad en el Tratado de la Unión Europea**, p. 55 (mirar bibliografía para más información del libro).

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Versión Consolidada del Tratado de la Unión Europea, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:FULL:ES:PDF>.

En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión.

Daniel Achá Lemaitre, en su trabajo sobre *Los Principios de subsidiariedad y proporcionalidad* explica, que el principio se resume en la regulación de las relaciones privadas y públicas y, dentro de estas las de los distintos grupos o niveles de poder que la integra, en otras palabras, cada instancia administrativa podrá desarrollar con libertad sus fines según su capacidad, pero la ayuda de las instancias políticas superiores podrá suplir la incapacidad de los niveles inferiores en la medida de las necesidades que se vayan presentando. (11)

Para Ana Carretero, al final de cuentas la subsidiariedad nos ofrece un criterio de racionalidad y moderación, dando lineamientos para el ejercicio de las competencias no exclusivas dentro de la Unión; además la autora señala que se pueden presentar dos casos: la de “negativa o prohibición” o la “positiva o de habilitación”, la primera, nos lleva al caso en el cual se pretende impedir la actuación comunitaria por no ser necesaria y consecuentemente impida que se dé centralismo en la comunidad; la segunda se da cuando, después de estudios técnicos, jurídicos, etc., se concluye que el estado miembro no puede alcanzar por sí solo los fines del Tratado y la habilitación de la intervención comunitaria resulte más eficaz. (71,72)

Se puede decir que se trata de un mecanismo de reforzamiento, donde una comunidad superior se vuelve apoyo y partícipe de un ente inferior para la consecución de los objetivos generales, así Altiero Spinello dice: ‘la Unión sólo actúa para alcanzar objetivos que pueden ser realizados en común de una forma más eficiente que si los estados miembros actuaran separadamente’.⁵⁹

En conclusión, según Achà Lemaitre:

[...] la subsidiariedad ofrece a los niveles inferiores la garantía contra reivindicaciones desmedidas de competencias por parte de los niveles superiores [...] permite a los niveles superiores la asunción efectiva de todas aquellas competencias cuyo ejercicio es juzgado como más eficaz a nivel comunitario, esto es, puede ser utilizado tanto para ampliar los poderes de determinado nivel político-administrativo, como para disminuirlo. (16)

III.B.1. Aplicabilidad del Principio de Subsidiariedad.

Al hablar de la acción comunitaria idónea en cada situación, la principal condición para su aplicación se encuentra comprendida en el artículo 5⁶⁰ de la *Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea y del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea* en

⁵⁹ Citado por Achà Lemaitre en “*Los Principios de subsidiariedad y proporcionalidad*”.

⁶⁰ Art. 5 La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los Objetivos que éste le asigna.

En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario.

Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado.

resumen, la acción idónea depende de si los objetivos pueden ser alcanzados por los estados miembros o por la acción comunitaria de mejor forma.

Para asegurarse de cuál es la acción a emplearse, la comunidad nos ofrece tres interrogantes que nos ayudarán a evaluar si se cumple con las condiciones necesarias para seguir el camino de acción estatal.

-¿Presenta la acción aspectos transfronterizos que no puedan ser resueltos por los estados miembros?

- Una acción nacional o la ausencia de acción, ¿serían contrarias a las exigencias del Tratado?

- ¿Presenta la acción comunitaria ventajas manifiestas?⁶¹ Es decir, que debido a la escala, la actuación de la comunidad traería mayor ventaja frente a la actuación de los países miembros.

Las preguntas propuestas para dirimir si la acción debe o no ser del estado miembro se suma a que la comunidad debe justificar su actuación con criterios acumulativos a favor de esta, al explicar el tema Ana Carretero García dice:

[...] deben justificarse mediante indicadores cualitativos o, cuando sea posible, cuantitativos.

Tras la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, las instituciones comunitarias deberán demostrar, por medio de estudios de diferente

⁶¹ Portal de la Unión Europea, Subsidiariedad, http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/amsterdam_treaty/a27000_es.htm.

naturaleza (análisis jurídicos, técnicos, etc.), la mayor eficacia de la acción comunitaria, demostración que, además de recogerse en el correspondiente expediente, deberá quedar suficientemente motivada. (57)

Una vez resuelto el asunto de si debe haber o no la intervención de la comunidad, el paso siguiente es resolver la naturaleza de esta, con qué intensidad se debe intervenir para lograr con los objetivos del tratado, por eso se continúa con el principio de proporcionalidad.

III.C. Principio de Proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad nos habla del límite que ha impuesto el tratado para la actuación de las instituciones comunitarias, esto está recogido en el artículo 5, numeral 4 de la *Versión Consolidada del Tratado de la Unión Europea* y dice “En virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos del Tratado.”

Achá Lemaitre expone que “[...] existe una conexión entre el principio de subsidiariedad que justifica la intervención comunitaria y el principio de proporcionalidad que determinará cómo desarrollará su acción la Comunidad [...]” (36). Para agregar, Ana Carretero García aclara el principio diciendo que:

[...] el principio de proporcionalidad o intensidad, principio según el cual debe existir una adecuación y un equilibrio entre los medios que utiliza la Comunidad y los objetivos previstos en los Tratados, de modo que cuando

pueda optarse entre diversas medidas apropiadas para lograr determinado objetivo, habrá que recurrir a la menos restrictiva de todas ellas. (97)

Cuando es necesaria la acción comunitaria siempre se deberá tomar en cuenta el principio de proporcionalidad con la cual se analizarán las diferentes medidas que debe tomar una institución comunitaria para alcanzar los objetivos del Tratado y de la Comunidad, esto se aclara en la sentencia de *Crispolonti*⁶² en los términos siguientes:

El principio de proporcionalidad, que forma parte de los principios generales del Derecho Comunitario, exige que los actos de las instituciones comunitarias no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos legítimamente perseguidos por la normativa controvertida, entendiéndose que, cuando se ofrezca elección entre varias medidas adecuadas, debe recurrirse a las menos onerosas, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos.⁶³

Del concepto anterior se desprende que cuando es necesaria la actuación se busca comparar las medidas que sean aptas, es por esto, que el Consejo Europeo para develar la interrogante de este principio estableció la pregunta ¿Cuál debe ser la naturaleza o la intensidad de la acción de la comunidad?⁶⁴

Rodrigo Javier Bozo, nos explica que:

⁶² Citado por Achá Lemaitre

⁶³ Sent. TJCE de 5 de octubre de 1994, C-133/93 y C-362/93.

⁶⁴ Citado por Ana Carretero García: De 12 de diciembre de 1992 referidas al principio de subsidiariedad, Gaceta Jurídica, B-81, enero-febrero 1993.

‘[...] en la comunicación de la comisión de 27 de octubre de 1992, y en las conclusiones de Edimburgo del Consejo Europeo de 11 y 12 de diciembre de 1992, se señaló que mientras la subsidiariedad se refiere a la posibilidad misma de la intervención de la Comunidad, la proporcionalidad se sitúa, admitida tal posibilidad, en el estadio siguiente relativo a la naturaleza de la intervención; En otras palabras, mientras que la subsidiariedad es un criterio de necesidad (responde a la pregunta, ¿debe actuar la comunidad?), la proporcionalidad lo es de intensidad (responde a la pregunta, ¿cuál debe ser la naturaleza o la intensidad de la acción de la comunidad?)⁶⁵

Cuando se menciona la medida menos restrictiva o la intensidad de la misma, se refieren a que la acción comunitaria que sea menos gravosa para el ciudadano, será la aplicada, ya que este concepto trabaja conjuntamente con los Derechos Fundamentales. En otras palabras, en tanto la aplicación de una acción comunitaria respete los Derechos Fundamentales, esta podrá ser accionada dentro de los estados miembros, dicha acción deberá tener en cuenta tanto lo anterior dicho, así como la consecución de los objetivos establecidos en la normativa, mediante decisiones apropiadas y necesarias.

En consecuencia mantiene - Ana Carretero- que:

[...] desde esta perspectiva estamos hablando de un principio de proporcionalidad que puede también considerarse como un principio

⁶⁵ Citado por Rodrigo Javier Garrón Bozo de: Alonso García, Derecho Comunitario, Sistema Institucional y Administrativo de la Comunidad Europea, Ed. Centro de Estudios Ramón Arces S.A. Madrid, 1994.

comparativo, puesto que hay que buscar entre medidas alternativas idóneas y además rechazar aquellas que puedan ser sustituidas por otras menos gravosas [...] entonces, [...] un legislador comunitario que debe ser capaz mantener el equilibrio entre los intereses generales de la legislación comunitaria y los intereses y los derechos fundamentales de los particulares. (98,99)

El principio de subsidiariedad no indica si debe haber acción comunitaria o no en las competencias no exclusivas, el principio de proporcionalidad, dice Javier Barnés, ayuda a “[...] matizar o graduar el cómo ha de intervenir la comunidad, es decir, con qué grado de intensidad («sin exceder nunca de lo necesario», afirma el precepto), tanto en el ejercicio de sus competencias exclusivas como concurrentes” (318). Es un principio que nos dice la forma cómo debe llevarse a cabo la acción comunitaria. Para aclarar, dice el autor anteriormente citado: “El principio de proporcionalidad ha de auxiliar y completar cuando dispone el principio de subsidiariedad en el control del ejercicio de las competencias comunitarias. Se trata de dos principios estrechamente emparentados [...]” (318)

Según Achá Lemaitre, con este principio “se pretende disminuir la intromisión dentro de la esfera de los derechos y las libertades del individuo, realizando, a través de consideraciones valorativas, una ponderación entre las distintas opciones o medidas aplicables.”(40)

Por lo tanto, Ana Carretero García agrega:

[...] Mientras la subsidiariedad implica que una acción determinada debe ser adoptada al nivel más idóneo (quien debe, por tanto, actuar), por su

parte, la proporcionalidad hace referencia a la adecuación entre medios y fines (es decir cómo debe producirse esa actuación una vez resuelta la primera cuestión). Además, la subsidiariedad sólo es de aplicación en aquellos ámbitos en los que la comunidad no tenga competencia exclusiva – según el tenor del propio artículo- o, lo que es lo mismo, en las esferas en las que exista una competencia concurrente o compartida con los estados miembros. Por el contrario, el principio de proporcionalidad y también el de atribución de competencias tienen un alcance general, han de ser de aplicación en todos los casos. (102)

III.D. Competencias de la Comunidad Andina, subsidiariedad.

Como organización de tipo regional la Comunidad Andina, revestida de supranacionalidad, ha visto operada la transferencia y atribución de competencias por parte de los estados miembros, a fin de poder lograr con los objetivos del tratado constitutivo.

Es precisamente en la normativa originaria como derivada donde se encuentran las disposiciones que establecen que poderes deben ser impartidos y a que institución comunitaria, es por eso que Daniel Achá Lemaitre, propone en su investigación determinar este tipo de competencias que están en el Acuerdo de Cartagena y en las Decisiones, donde se prevé la existencia de competencias exclusivas, compartidas, complementarias e incluso competencias explícitas. (120)

En cuanto a las *competencias exclusivas* de la CAN, que propone el autor, tenemos:

La formulación de la política exterior: responsabilidad que compete al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores⁶⁶ que emitirá normas vinculantes a los estados miembros en dicha materia. El autor señala que, mediante esta competencia exclusiva, la acción conjunta de los países miembros frente a terceros deberá siempre tener en cuenta el propósito de integración de la región, sustentada en los propósitos de paz, seguridad y solución pacífica de controversias. Agrega también que la integración es una manera de fortalecer a los estados, prevenir conflictos o atenderlos de manera idónea el momento que se presenten. En consecuencia, los órganos comunitarios deberán ejecutar lo establecido por la comunidad, y la política exterior de los países miembros deberán ir acorde con la comunitaria. (122)

Suscripción de acuerdos bilaterales o multilaterales con otros países: También tenemos que la comunidad tiene la competencia de firmar acuerdos internacionales, recogidos en el Acuerdo de Cartagena, pues la Comunidad Andina es una organización subregional con personería o personalidad jurídica internacional⁶⁷.

Se habla también de la competencia exclusiva que tiene la comunidad para definir un Arancel Externo Común⁶⁸: esto significa que la competencia de esta materia queda

⁶⁶ **Acuerdo de Cartagena, Artículo 16.-** Corresponde al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores:

a) Formular la política exterior de los Países Miembros en los asuntos que sean de interés subregional, así como orientar y coordinar la acción externa de los diversos órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración [...].

Decisión 407 del Reglamento del Consejo Andino de Ministros de Relaciones exteriores: Artículo 6.- Corresponde al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores:

a) Formular la política exterior de los Países Miembros, en asuntos que sean de interés comunitario;

⁶⁷ **Artículo 48.-** La Comunidad Andina es una organización subregional con personería o personalidad jurídica internacional.

⁶⁸ **Artículo 3.-** Para alcanzar los objetivos del presente Acuerdo se emplearán, entre otros, los mecanismos y medidas siguientes:

desplazada de los estados que deberán respetar y nunca alterar unilateralmente los gravámenes del arancel. La Comisión, mediante la propuesta de la Secretaría General, aprueba ese arancel que deberá tener niveles convenientes que respondan a las necesidades de la subregión así como también de la situación especial de Ecuador y Bolivia.

Achá Lemaitre menciona que existen muchas otras competencias exclusivas que están dentro de los regímenes comunes de la Comunidad y son:

- Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías. Decisión 291.
 - Régimen Uniforme de las Empresas Multinacionales Andinas. Decisión 292.
 - Régimen Común sobre la Propiedad Industrial. Decisión 486.
 - Régimen Común de Protección a los Derechos de Obtentores de Variedades Vegetales. Decisión 345.
 - Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos. Decisión 351.
 - Sistema Andino de Franjas de Precios. Decisión 371.
 - Régimen Común sobre el Acceso a los Recursos Genéticos. Decisión 391.
- (128)

También tenemos las competencias complementarias que abarcan temas como la cultura, industria, cooperación administrativa, educación y más; los cuales la comunidad apoyará a los estados en esos ámbitos, más su competencia estatal no se verá desplazada.

Al hablar de competencias implícitas en la Comunidad Andina, el autor antes mencionado señala que no es una situación aislada encontrar en el Derecho Comunitario Andino normativa al respecto:

[...] literal b) del artículo 22 del Acuerdo de Cartagena que a la letra dice: Corresponde a la Comisión de la Comunidad Andina: (...) b) Adoptar todas la medidas que sean necesarias para el logro de los objetivos del Acuerdo de Cartagena, así como para el cumplimiento de las Directrices del Consejo Presidencial Andino. Sucede lo mismo en la norma del literal g) del artículo 16 AC cuando establece que: Corresponde al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores: (...) g) Recomendar o adoptar todas las medidas que aseguren la consecución de los fines y objetivos del Acuerdo de Cartagena, en el ámbito de su competencia. (131)

Se menciona que es una normativa que deja abierta a la posibilidad de extender las competencias comunitarias para la consecución de los objetivos de la Comunidad, situación riesgosa, ya que el accionar comunitario puede llegar a ser excesivo. Es entonces que, en los casos de competencias concurrentes o implícitas, la limitación o extensión de dichas competencias se manejaría de mejor manera si existiera de forma explícita en el Acuerdo de Cartagena el principio de subsidiariedad, que es de gran importancia en el proceso integracional, pues constituye un mecanismo corrector ante una posible intervención y ampliación comunitaria inadecuada, obligaría a la Comunidad a justificar mediante informes técnicos su actuación en la Comunidad con criterios básicos como la necesidad,

efectividad , conceptos ampliamente desarrollados en le Unión Europea y que hace falta a la CAN para que siga evolucionando la integración regional.

Por eso Lemaitre, propone la integración al Acuerdo de Cartagena la regla del principio de subsidiariedad como norma básica jurídicamente vinculante que delimite a la Comunidad Andina los tipos de accionar frente a las competencias compartidas; todo esto siempre procurando adoptar las decisiones en pro de los ciudadanos de la comunidad para así lograr mayor unidad y apoyo. (134)

Tal como Jonas Frank dice:

No es, por tanto, comparable esta descentralización supranacional con la que ha experimentado Europa dentro del proceso de construcción de la Unión Europea [...] De esta manera, se crea un sistema en el cual las políticas y normas son compartidas, mientras que la ejecución de realiza de forma descentralizada, bajo el principio de subsidiariedad [...] (414,415)

Es un principio que ayudara a regular el ejercicio de las competencias de la CAN y que dinamizara las relaciones entre los Países Miembros y la SAI, pues se busca la descentralización supranacional, es decir que los Estados sean más participativos mediante el accionar estatal para alcanzar los objetivos de la Comunidad, haciendo partícipes de esto a los ciudadanos para que sientan la cercanía con la Integración Andina; por igual la comunidad cuando quiera intervenir en algún ámbito competencial compartido deberá pasar por un control sobre el ejercicio de las mismas mediante la justificación de la incapacidad del Estado para obtener el fin perseguido y que la Comunidad pruebe ser más eficaz en su

consecución, todo esto bajo el principio de subsidiariedad. Es un principio que delimita y aclara el proceder del Estado o de la Comunidad.

CAPÍTULO IV:

APLICACIÓN DIRECTA, EFECTO DIRECTO, PRIMACÍA.

LA SUPRANACIONALIDAD DEL DERECHO

COMUNITARIO.

Es importante la diferenciación de la aplicación inmediata y del efecto directo de la normativa comunitaria dentro del ordenamiento jurídico interno de los estados. El estudio detenido de dichos conceptos nos hará entender la fuerza coercitiva que conlleva el nacimiento de normativa comunitaria, por lo tanto nos dará una visión más amplia del ámbito de aplicación y principios que conlleva este tipo de derecho.

Los estudiosos coinciden en algo, estas nociones no provienen de los tratados constitutivos, que no han sido muy claros al referirse a ella, sino más bien del desarrollo doctrinario y jurisprudencia emitida por los tribunales comunitarios, a los cuales hay que referirse para aclarar el tema, por ejemplo al hablar de esto Lucía Millán nos dice:

El Tribunal, por su parte, se ha ocupado de ambas nociones. Ha precisado el alcance, contenido y efectos de la noción «aplicabilidad directa» [...] y ha elaborado la noción «efecto directo» que es una creación jurisprudencial, y precisamente una de las mayores aportaciones, si no la mayor, del tribunal a la eficacia, solidez y la existencia misma del derecho comunitario. [...] (3)

IV.A. Aplicación Directa.

La normativa Comunitaria Europea explica el ámbito de aplicabilidad de los actos emitidos por sus organismos e instituciones supranacionales. Tenemos por ejemplo que en el capítulo 2 que habla de las Disposiciones Comunes a Varias Instituciones, artículo 249 de la Versión Consolidada del Tratado Constitutivo de la Unión Europea, dice:

Para el cumplimiento de su misión, el Parlamento Europeo y el Consejo conjuntamente, el Consejo y la Comisión adoptarán reglamentos y directivas, tomarán decisiones y formularán recomendaciones o emitirán dictámenes, en las condiciones previstas en el presente tratado.

El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada estado miembro.

La directiva obligará al estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.

La decisión será obligatoria en todos sus elementos para todos sus destinatarios. (100)

Lucía Millán al referirse a la aplicabilidad directa, nos dice que cuando se da una interpretación sistemática de la normativa, en especial cuando nos concentramos en las referencias dedicadas a los reglamentos⁶⁹, se presenta la noción de aplicabilidad directa, y dice que en la interpretación se concluye que se trata de la forma en que el reglamento se convierte en parte del ordenamiento aplicable en cada estado miembro; en cuanto a las directivas nos explica que sigue un esquema similar aunque es diferente del reglamento pues es un acto cuyos destinatarios son los estados miembros, y deja claro que se le cede al estado miembro la elección de la forma y los medios para la aplicación de una directiva,

⁶⁹*Versión Consolidada del Tratado Constitutivo de la Unión Europea*; Disposiciones Comunes a Varias Instituciones; artículo 249, http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/dat/12002E/pdf/12002E_ES.pdf.

aquí la autora llega a la conclusión de que esto claramente sugiere la manera en que dicha directiva se convertirá en derecho vigente. (4)

Oswaldo Salgado expone el concepto diciendo: “Consiste en que la norma comunitaria una vez creada, surte efectos en los ordenamientos jurídicos nacionales de los EM (Estados Miembros), por sí misma, es decir, la norma comunitaria no se transforma posteriormente, bajo ninguna exigencia de norma nacional, para poder ser aplicada.” (115)

Esto quiere decir que la normativa no puede ser modificada a petición del estado miembro para su aplicación dentro del territorio, sino que dicho estado acatará de forma completa e inmediata cada parte de dicho reglamento o directiva, es decir que el reglamento por ejemplo, no está sujeto a ninguna medida de incorporación al Derecho Nacional de los Estados, atribuye por sí solo derechos y obligaciones que deberán ser cumplidas a cabalidad, la directiva es un acto obligatorio, las dos con un poder coercitivo frente a los estados y no sólo hablamos de la normativa derivada sino también de la originaria. Al referirse a esto Millán nos dice que:

Parece entonces lógico limitar la expresión «aplicabilidad directa» para medidas normativas comunitarias posteriores, adoptadas ya por las instituciones comunitarias y que no necesitan medidas nacionales de recepción, como hace el Tratado CEE al vincularla al reglamento. Y como comienza ya a ser distinguido también por el tribunal comunitario, cuando en su decisión de 9 de marzo de 1978 [...], al hablar de la primacía del derecho comunitario, señala que en virtud de este principio, «las disposiciones del Tratado y los actos de las instituciones directamente

aplicables» tienen por efecto no sólo hacer inaplicables de pleno derecho toda disposición contraria de la legislación nacional existente, sino también impedir la formación válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida que fueran incompatibles con las normas comunitarias. (5)

El momento que un estado se aprueba y ratifica un tratado constitutivo de un bloque económico de integración, se hace responsable de asegurar la incorporación inmediata y directa de la normativa, así se le presentan varios escenarios: el derogar normas internas contrarias al derecho comunitario, o el adecuar y crear leyes adecuadas al mismo, a este proceso se le llama medidas de aplicación que necesariamente tienen que darse dentro del estado miembro, pero que no menoscaban la aplicabilidad directa y el poder coercitivo de normativa comunitaria, como dice Millán “[...]no van a ser un requisito de validez del reglamento comunitario[...]” (7). La misma autora al referirse a los efectos del desarrollo jurisprudencial de la noción de aplicabilidad directa en la Unión Europea, no dice que produce variedad de efectos:

1. En primer lugar, tras decisiones del Tribunal (asunto Costa/ENEL sent. 20-2-194) se rescata que un estado miembro no puede de forma unilateral suprimir los efectos de un acto directamente aplicable mediante acto legislativo interno, el juez nacional tiene la obligación de velar por la plenitud de los efectos de estas normas, así tenga que dejar de aplicar normativa nacional, sin tener que esperar la eliminación previa de ésta por vía legislativa u otro procedimiento constitucional.

2. El segundo efecto se refiere, dice la autora, a que la competencia que tiene el Tribunal es inalterable aún si la normativa comunitaria se ha convertido en normativa nacional, es decir que el estado miembro la ha hecho suya a través de su reproducción como una medida nacional, si esto sucediere la competencia del tribunal se vería inalterada, es decir ella está por encima de los jueces y juzgados nacionales.
3. Cuando el reglamento comunitario regula que el estado miembro adopte las medidas necesarias para su aplicación, en ese caso la aplicabilidad directa del reglamento permite que la jurisdicción nacional controle la conformidad de dichas medidas, es decir que, son competentes para controlar el fondo y la forma de dichas medidas de aplicación, siempre y cuando sean conforme a la disposición comunitaria. (9, 10)

En nuestra realidad regional tenemos que señalar la normativa Comunitaria Andina, tenemos que desde al Acuerdo de Cartagena se nombran los principios por los cuales se regirá la Comunidad Andina, en el proceso jurisprudencial y con el desarrollo del Sistema Andino de Integración, encontramos un trato parecido al de la Unión Europea.

En el *Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, Capítulo I al hablar del ordenamiento jurídico ya mencionado, en resumen nos dice que:

1. El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o la Comisión aprobarán las decisiones, desde esa fecha de aprobación obligarán a los países miembros a su cumplimiento.

2. Siendo más específico sobre las decisiones nos dice que tanto como el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión, y también las resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los países miembros a partir de la fecha en su publicación en la Gaceta Oficial comunitaria, aunque se podrá fijar fecha posterior para su posterior incorporación al derecho interno mediante acto expreso, así entrará en vigor en cada país miembro en dicha fecha.
3. Cada país miembro se encuentra en la obligación de adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico Andino, con todo esto, los estados se están comprometiendo a no adoptar medida alguna que sea contraria al derecho comunitario, no podrán obstaculizar su aplicación.⁷⁰

Como ya se vio entonces el momento que las decisiones y resoluciones son publicadas en la Gaceta Oficial de la CAN, obligan a los países miembros al cumplimiento de sus obligaciones, aún si no existieran normas interna que permitieran su vigencia.

Ignácio Basombrio en su investigación *Integración Andina: Instituciones y Derecho Comunitario*⁷¹ nos señala un problema en general, muchos tratadistas intentan equiparar el término *recepción* que proviene del Derecho Internacional con la incorporación existente en el Derecho Comunitario, entonces la consecuencia sería que para que una decisión o resolución comunitaria entre al derecho nacional deberá pasar por el

⁷⁰“Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina,
<http://www.comunidadandina.org/normativa/tratprot/moditrib.htm>.

⁷¹ Documento preparado para el Taller Internacional “Integración Regional – Lecciones de la Experiencia de la Unión Europea y la Comunidad Andina”, Sao Paulo, 20 y 21 de octubre de 2001.

proceso establecido en la constitución vigente de cada país. El autor resuelve esto, señalando la opinión del Jurista Andueza, que explica que las decisiones que se adoptan dentro de la CAN no son actos interestatales, porque no son producto del consentimiento entre países sino se trata de actos unilaterales emanados de organismos supranacionales. No debe generar conflicto alguno la incorporación inmediata de normativa comunitaria a los derechos nacionales pues desde el momento de la ratificación del derecho originario los países se obligaban a tal proceso. (9,10)

Al revisar Jurisprudencia Andina, en específico del proceso 0002-IP-1988, donde se trata el tema de supremacía, nos dan un concepto claro de la problemática de la convivencia de normativa interna y comunitaria, el cual expresa:

La derogación propiamente dicha de una norma interna, por ser contraria a una comunitaria, puede resultar indispensable para efectos prácticos, en determinados casos. Pero como tal derogación habría que ser decidida por el derecho interno y no por el comunitario, el derecho integracionista, en principio, se contenta con la aplicación preferente. Su efecto inmediato y directo no sería compatible con la condición de que las normas nacionales contrarias sean expresamente derogadas por el legislador nacional, ya que ello dependería de este y no de la comunidad. [...] De tal suerte, la norma interna que sea contraria a la norma comunitaria, que de algún modo la contradiga o que resulte irreconciliable con ella, si bien no queda

propiamente derogada, dejará de aplicarse automáticamente, bien sea anterior o posterior a la norma integracionista.⁷²

Así también encontramos en el proceso 0003-AI-1996 del Tribunal Andino de Justicia mención a la aplicabilidad directa.

La aplicabilidad inmediata significa que la norma comunitaria adquiere, automáticamente, de por sí, estatuto de derecho positivo en el orden interno de los estados a que va dirigida. Ello supone que la norma comunitaria se integra de pleno derecho en ese orden interno, sin necesidad de ninguna fórmula de introducción o de recepción, que se impone en cuanto tal derecho comunitario y que genera en todo juez nacional la obligación de aplicarla.

Se señala que es un principio también recogido por los Presidentes Andinos al reiterar la aplicación directa de las Decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, según se establece en el artículo 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, e instruir a las autoridades nacionales para que las apliquen sin restricciones y promuevan su difusión. (Consejo Presidencial Andino. Acta de Caracas, mayo 18 de 1991)

Para que se pueda llegar a un desarrollo progresivo y al fin a una consolidación comunitaria, la primacía del derecho comunitario andino, la aplicación directa de la norma como tal dentro del estado y de las medidas que este deberá tomar para su aplicación sin trabas, tanto generando normativa que apoye el proceso como derogando normativa que

⁷² Tribunal de Justicia Andino: Asunto: Inconstitucionalidad del Artículo 454 de la Ley 9na de 1979 sobre registro de productos farmacéuticos previo informe sobre su aceptación.
http://www.tribunalandino.org.ec/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=67.

esté en contra, sin que esto quiera decir que la normativa comunitaria no está dotada de poder coercitivo hasta que se generen estos cambios internos, pues es inmediata y genera obligaciones el momento de su creación, es un tema primordial porque hasta en el proceso antes revisado dice que el momento de existir incompatibilidad entre estas dos normas la comunitaria prevalece pues “de no ser así resultaría imposible alcanzar el objetivo propio del derecho de integración, que es el de lograr un régimen uniforme para todos los países de la comunidad.”

IV.B. Efecto Directo.

Por la pertinencia del caso y para desarrollar la noción de efecto directo vamos a continuar con la jurisprudencia del Tribunal Andino antes expuesto, pues en el mismo proceso podemos observar que mencionan el manejo del efecto directo en la Unión Europea diciendo:

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha afirmado la preeminencia absoluta del derecho comunitario sobre el interno [...] En la última de las sentencias mencionadas se concluye que ‘todo juez nacional que tenga que decidir en el marco de su competencia, tiene la obligación de aplicar íntegramente el derecho comunitario y de proteger los derechos que este confiere a los particulares, dejando inaplicada toda disposición eventualmente contraria de la ley nacional, sea esta anterior o posterior a la regla comunitaria’ (Sentencia Simmenthal de 9 de marzo de 1978). (Proceso 0002-IP-1988, Tribunal Andino)

Volviendo al caso *Simmenthal*, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea estableció: “[...] el efecto directo [...] significa que las normas de Derecho Comunitario han de desplegar la plenitud de sus efectos, de manera uniforme, en todos los estados miembros, a partir de la entrada en vigor y durante toda la duración de su validez”⁷³ Esto quiere decir que las normas comunitarias no necesitan de acto alguno de recepción del Derecho Interno de los estados miembros y que genera de manera inmediata derechos y obligaciones para los estados o particulares. Entonces la normativa comunitaria debe ser invocada y aplicada por la jurisdicción nacional.

Vamos observando entonces la aparición de nuevos elementos, hablamos de la tutela de los derechos de los particulares que les ha sido conferidos y tienen que ser aplicados por los jueces nacionales; al respecto encontramos en el proceso 0003-AI-1996:

Mientras que el principio de aplicación directa se refiere a la norma como tal, el de efecto directo se relaciona con las acciones que los sujetos beneficiarios pueden ejercer para la debida aplicación de la norma comunitaria. En otras palabras que sus efectos ´generan derechos y obligaciones para los particulares al igual que ocurre en las normas de los ordenamientos estatales`, permitiendo la posibilidad de que aquellos puedan exigir directamente su observancia ante sus respectivos tribunales.

Con la noción de efecto directo lo que el derecho comunitario busca es, que ya que la aplicabilidad directa insertó normativa comunitaria de manera inmediata, el efecto

⁷³ STJCE de 9 de marzo de 1978. Asunto 106/77. Administración de Finanzas del Estado c. *Simmenthal* S.p.A. Rec. 1978, pág. 629 y ss.

directo sea el que dote a las personas del derecho de pedir a los jueces nacionales su aplicación, noción que habla precisamente de la relación entre particulares y del país miembro, 'Es la forma legal de abrirles la posibilidad de exigir su cumplimiento ante las justicias nacionales` (Proceso: 0003-AI-1996).

En el caso de la Unión Europea, se habla de que una de las mayores aportaciones son del Tribunal de Justicia Europeo, pues en el desarrollo jurisprudencial de las nociones de efecto directo y de aplicabilidad directa han dado la directriz del actuar de los estados de la Unión, esto fue muy importante pues en los tratados originarios estos tipos distintos de nociones no estaba muy diferenciadas y por lo tanto generó muchos problemas a la hora de aplicar.

Millán nos explica que, cuando nacen disposiciones comunitarias, para que puedan producir efectos tienen que ser normas claras, precisas, incondicionales; tanto se traten de obligaciones de no hacer o de hacer, para que así estas normas no dejen margen de apreciación por parte de los estados miembros ni a las instituciones comunitarias; si la normativa comunitaria dispone de las características antes mencionadas entonces, sólo así puede ser alegada por los particulares en justicia, y los tribunales nacionales deberán proteger esos derechos. (10)

En el proceso: 0003-AI-1996 del Tribunal Andino mencionan un concepto desarrollado por Ruiz-Jarabo Dámaso, Ex Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y dice:

[...] es el derecho de cualquier persona de pedir al juez la aplicación de los Tratados, los Reglamentos, las Directivas o las Decisiones

comunitarias, es la obligación del juez de hacer uso de esa norma cualquiera que sea la legislación del país al que pertenece. Es el respeto de ese derecho y de esa obligación no sólo en las relaciones de los particulares entre sí, sino también en las relaciones entre los particulares y el estado miembro del que son ciudadanos. (53)

En la revista “*Noticias de la Unión Europea*”, se menciona la importancia del asunto *Van Gend Loos*⁷⁴, pues se resalta la importancia de este principio para los particulares, así:

1º El principio de efecto directo permite a los particulares la posibilidad de salvaguardar sus derechos ante los jueces de los estados miembros, al poder pedirles que aseguren el respeto de los derechos que les ha conferido una norma comunitaria revestida de efecto directo. [...] (El principio de efecto directo (...) engendra derechos que las jurisdicciones internas deben salvaguardar).

⁷⁴ Noticias de la Unión Europea: “La empresa *Van Gend & Loos* importó en los países bajos un producto químico procedente de Alemania. Se le reclamó un derecho de aduana que la referida empresa entendía superior al que se aplicaba cuando entró en vigor el TCE, pues se había modificado la clasificación aduanera. Tal incremento resultaba contrario a la obligación *standstill* del artículo 12 del TCE.

Así las cosas, *Van Gend & Loos* recurrió contra la administración neerlandesa ante el juez nacional competente («*Tariefcommissie*») y este planteó al TJCE por vía prejudicial, “si el artículo 12 del Tratado CEE tiene un efecto interno; en otros términos, si las partes pueden alegar, basándose en este artículo, derechos de carácter individual que el juez deba salvaguardar”.

La importancia de esta STJCE radica en el hecho de que por vez primera se reconocía a un particular la posibilidad de invocar un principio del TCE y pretender su aplicación directa. Así, el TJCE estimó que todas las reglamentaciones de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas podían ser directamente aplicables a los súbditos de los Estados miembros, siempre que estuvieran formuladas sin reservas, completas en sí mismas y jurídicamente perfectas. Es decir, que no requieran para su ejecución de otros actos de los Estados miembros o de la Comisión [...]” (31)

2° Apelando a los órganos jurisdiccionales internos, los particulares se constituyen en instrumento eficaz para velar por el respeto de los estados miembros en el cumplimiento de sus obligaciones [...] (29)

Entonces la comunidad genera un nuevo ordenamiento jurídico que dota de derechos y obligaciones a los estados miembros y a los nacionales, que pueden invocar sus leyes dentro de la jurisdicción nacional, pues de da la aplicación inmediata de la norma. Los jueces nacionales se convierten también en jueces comunitarios. Todo esto se genera mediante la atribución competencial legislativa que atribuyen los estados a la comunidad.

IV.B.1. Efecto Directo Vertical y Horizontal.

Habiendo dilucidado el efecto directo tenemos que, este incide de dos maneras en las relaciones jurídicas de un estado, en primer lugar entre los particulares y las autoridades nacionales y la segunda entre los particulares entre sí; la primera llamada efecto directo vertical y la segunda efecto directo horizontal.

Como se puede concluir la relación que existe entre la noción de aplicabilidad directa y efecto directo es indudable, su existencia dentro de la normativa comunitaria dota al derecho comunitario de una de sus principales características: la Primacía.

El correcto entendimiento de estas dos nociones queda resumido en el proceso: 0003-AI-1996, de la jurisprudencia de la Comunidad Andina:

Entre el principio de la aplicabilidad directa y del efecto directo existe una conexión estrecha: la norma comunitaria andina al ser directamente aplicable en los países miembros tiene como efecto inmediato

que los ciudadanos de la subregión se sientan protegidos con y en los derechos que esas normas les confieran. Es la forma legal de abrirles la posibilidad de exigir su cumplimiento ante las justicias nacionales. (Proceso: 0003-AI-1996).

En palabras de José Manuel Sobrino Heredia las normas comunitarias no sólo quieren tener alcance en los estados ni como objetivo exclusivo las relaciones interestatales, quieren generar efecto de forma general a tal punto que afecten a los derechos y obligaciones de los particulares que pueden hacer uso de dichos derecho e invocar dentro de sus tribunales. (5)

IV.C. Primacía del Derecho Comunitario, concurrencia de principios.

La primacía se trata de que la normativa comunitaria esté por encima de la normativa nacional de los estados miembros. El análisis de las nociones de efecto y aplicabilidad directa es importante antes del desarrollo del concepto de primacía, pues la concurrencia de estas características dota al derecho comunitario del poder jerárquico supranacional, que es básico para el desarrollo de los procesos de integración; al respecto de esto Oswaldo Salgado citando a Walter Kaune nos dice:

La Primacía, es una consecuencia lógica de los principios enunciados, lo que implica que las normas comunitarias que gozan de aplicación inmediata y efecto directo, cualquiera sea su fuente o rango, por su naturaleza y especialidad, se imponen a las normas internas de los estados

miembros, sin importar la jerarquía de éstas y la fecha de su vigencia, ya sea anterior o posterior a la norma comunitaria. (115)

Su importancia se recoge en el autor Pescatore, citado en el trabajo de Kovak que dice:

Cuando un Estado se adhiere a un sistema comunitario debe considerar y resolver los problemas de orden constitucional que se le planteen. Cada uno es dueño de la solución que les dé, pero una vez que se ha aceptado el compromiso internacional con toda libertad, hay aquí un hecho histórico sobre el que ya no es posible volver. [...] Lo que resultaría entonces inadmisibles, porque se opone a la buena fe de los tratados internacionales, sería que un estado miembro, o una de sus autoridades, por ejemplo, una jurisdicción, tratada de poner en duda los compromisos aceptados invocando «a posteriori», obstáculos constitucionales. Tales actitudes señalarían bien una imprevisión, bien la mala fe. Un estado no puede oponer, pues una norma cualquiera de su derecho interno, incluida las normas constitucionales, para sustraerse a los compromisos que ha contraído válidamente según derecho internacional.⁷⁵ (20)

Un análisis muy bueno, pues comprende todos los elementos mencionados durante toda la realización del trabajo, el control constitucional que se dio *a posteriori* por parte de los estados miembros y la final aceptación de formar parte de un proceso de integración que

⁷⁵Pescatore, Pierre. <<Aspectos Judiciales del Acervo Comunitario>>. *Revista de Instituciones Europeas*. Madrid, 1981, pp. 348-349.

confiere a los estados derechos y obligaciones, a base de la limitación de sus soberanías, lleva a que ningún miembro genere actos unilaterales que vayan en contra de la comunidad, a costa de que puedan responder por la responsabilidad ulterior, pues esta normativa está por encima de ellos, se genera la primacía de la normativa comunitaria y su aplicación preferente.

Jacques Santer al hablar de primacía no dice que:

Desde el momento en que se integra en el orden jurídico nacional, el derecho comunitario podría oponerse a dar lugar a un conflicto. El principio de la primacía tiene por objeto eliminar dicho conflicto dando prioridad a la aplicación del derecho comunitario. Defender la tesis contraria equivaldría a negar la eficacia del derecho comunitario y su aplicación uniforme en todo el territorio comunitario. Significaría la negación de la existencia de derecho comunitario. (18)

Es un principio básico para el desarrollo normativo e institucional de los bloques económicos, dotar de primacía genera seguridad jurídica mediante la equiparación de la normativa comunitaria entre los estados miembros y otorga fuerza a las instituciones supranacionales que tienen la competencia atribuida para actuar y generar derechos y obligaciones para los miembros de la comunidad.

IV.C.1. Primacía del Derecho Comunitario en la Unión Europea.

En la Unión Europea el principio de primacía básicamente consiste en que el Derecho Europeo está por encima de los derechos nacionales de los estados miembros. Es

un principio que es válido en todos los actos europeos de aplicación obligatoria, en consecuencia no se podrá aplicar normativa nacional contraria al Derecho Europeo. Así como con el efecto directo, el desarrollo de este concepto se da gracias a la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El Tribunal de Justicia Europeo consagró el principio de Primacía en la sentencia de 15 de julio de 1964 de Flaminio Costa y ENEL (Ente Nazionale Energia Elettrica) donde se declara que el Derecho Procedente de las Instituciones Europeas se integra a los sistemas jurídicos de los estados miembros que están obligados a respetarlo.⁷⁶

ENEL ha impuesto una factura por suministro eléctrico que el Sr. Costa no quiere pagar alegando que la ley en la que se nacionalizó la industria eléctrica en Italia era contraria a determinadas disposiciones del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

Al resolver el caso, el Tribunal dice:

Considerando que la primacía del derecho comunitario está confirmada por el artículo 189, a cuyo tenor los Reglamentos tienen fuerza «obligatoria» y son «directamente aplicables en cada estado miembro»; que esta disposición, que no está acompañada de reserva alguna, carecería de alcance si un Estado pudiera unilateralmente destruir sus efectos mediante un acto legislativo oponible a las normas comunitarias.

Considerando que del conjunto de estos elementos se desprende que al Derecho creado por el Tratado, nacido de una fuente autónoma, no se

⁷⁶**Primacía del Derecho Europeo**; Síntesis de la Legislación de la UE:
http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/l14548_es.htm.

puede oponer, en razón de su específica naturaleza original una norma interna, cualquiera que sea ésta, ante los órganos jurisdiccionales, sin que al mismo tiempo aquél pierda su carácter comunitario y se ponga en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad [...] ⁷⁷ (106)

En su análisis del caso, José Manuel Sobrino Heredia dice, que al hablar de derecho comunitario europeo, podemos observar cómo éste se integra en el sistema jurídico de los estados, entonces ambos derechos, el interno y el europeo coexisten, pero cada uno con su propia autonomía; nos dice el autor que el derecho comunitario no es derecho nacional pues a pesar de que se introduce dentro del derecho nacional, éste no pierde su naturaleza de Derecho Comunitario. En el caso específico antes mencionado el autor recalca que esta es la idea que inspira a la doctrina jurisprudencial pues el tribunal afirmó que: “a diferencia de los tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la CEE ha instituido un orden jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los estados miembros desde la entrada en vigor del Tratado, y que se impone a sus jurisdicciones”. (129) Fabián Novak explica que estas disposiciones crean la imposibilidad de los estados miembros de hacer prevalecer su derecho nacional frente al ordenamiento jurídico aceptado por ellos mediante los tratados, a base del principio de reciprocidad, que también se encuentra dentro del derecho internacional general, entonces no podrán tomar medidas unilaterales después de la firma del tratado y así no podrán oponerse al derecho europeo, dado que ya existe una limitación de sus soberanías. (17)

⁷⁷ Sentencia de 15.7.1964 – Asunto 6/64; Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea; <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61964CJ0006:ES:PDF>.

La primacía en Europa consiste en que si una norma nacional está en contra de normativa comunitaria, esta deberá ser aplicada. No es necesario que el derecho nacional se modifique, derogue o anule, su carácter obligatorio queda suspendido. Es una medida que se adopta para proteger la uniformidad de la normativa dentro del bloque económico, además de también la seguridad jurídica para todos los miembros que pertenecen a la comunidad.

La Comunidad Europea se refiere a la primacía del derecho europeo como absoluta, su obligatoriedad se da en todos los actos europeos, sin importar si provienen de derecho originario o derivado. El desarrollo de este concepto es de tal importancia en Europa que el Tribunal considera que las constituciones nacionales están sujetas a dicha primacía, es decir, si un juez nacional encuentra conflicto entre una constitución y el derecho europeo no podrá aplicar la disposición constitucional.

Por eso, al unir las nociones antes estudiadas, cuando hablamos del control constitucional en Europa, decíamos que existe el control a priori por parte de los estados, pero que una vez firmado el tratado y ya al formar parte de la comunidad Europea es inconcebible que las naciones hagan un control de la normativa derivada. Tal como Dueñas señala:

Según se observa en el derecho constitucional de la Unión Europea, este control a priori, frente a la inseguridad y las tensiones que crea el control a posteriori, es adecuado y respetuoso del derecho comunitario originario, porque concilia el principio de primacía de éste con el cuidado de

crear un cerrojo de seguridad contra la adopción de compromisos internacionales que comprometan la soberanía nacional. (417)

Sobrino nos dice también que en la comunidad europea se aplica un concepto monista de la relación de ambos derechos, pues la normativa comunitaria forma parte del derecho que se aplica en cada estado, el juez nacional deberá aplicar la normativa emitida por la CE teniendo en cuenta su naturaleza comunitaria, afirma también que las instituciones comunitarias que ejercen competencias atribuidas lo hacen bajo el procedimiento normado por la comunidad, es así que la entrada en vigor, publicación y efectos de dicha normativa se rigen, asimismo, por los Tratados y no por el Derecho Interno de los estados miembros. (129)

En resumen, la primacía obliga a los estados a la aplicación de normativa comunitaria en todo sentido, tanto en actos administrativos como en judiciales; con la segunda los jueces ordinarios se convierten en “jueces comunitarios” pues tienen la obligación de velar por el cumplimiento de las directivas y resoluciones de derecho europeo, su inaplicabilidad puede acarrear en responsabilidad del estado por el incumplimiento de dicha normativa. Es un objeto primordial para el proceso llegar a la armonización de las legislaciones nacionales con la normativa comunitaria, sin la aplicabilidad directa y primacía esto no sería posible, he ahí la importancia de estos temas.

IV.C.2. Primacía del Derecho Comunitario en la Comunidad Andina.

Llamado principio de preeminencia u aplicación preferente, se ha reiterado su aplicación en varias sentencias expuestas por el Tribunal de la Comunidad Andina, en base al pronunciamiento aprobado durante el Vigésimo Noveno Período de Sesiones Ordinarias

en Lima del 29 de mayo al 5 de junio de 1980, por la Comisión del Acuerdo de Cartagena, integrada por los plenipotenciarios de los países miembros, donde declaran la “validez plena” de varios conceptos comunitarios, nombrados en el proceso: 0001-IP-1987 del Tribunal que nos dice:

[...] se hace necesario puntualizar que el ordenamiento jurídico de la integración andina prevalece en su aplicación sobre las normas internas o nacionales, por ser característica esencial del Derecho Comunitario, como requisito básico para la construcción integracionista. Así lo reconoció la Comisión del Acuerdo de Cartagena integrada por los Plenipotenciarios de los países miembros, en el pronunciamiento aprobado durante su Vigésimo Noveno Período de Sesiones. Ordinarias (Lima, 29 mayo - 5 junio 1980), cuando declara la "validez plena" de los siguientes conceptos: a) el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena tiene identidad y autonomía propias, constituye un derecho común y forma parte de los ordenamientos jurídicos nacionales, b) el ordenamiento jurídico del Acuerdo prevalece, en el marco de sus competencias, sobre las normas nacionales sin que puedan oponerse a él medidas o actos unilaterales de los países miembros, c) las decisiones que impliquen obligaciones para los países miembros entran en vigor en la fecha que indiquen o, en caso contrario, en la fecha del Acta Final de la reunión respectiva, de conformidad con el Artículo 21 del Reglamento de la Comisión.⁷⁸

⁷⁸ Proceso 0001-IP-1987, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; <http://www.tribunalandino.org.ec>.

El pronunciamiento por la Comisión aportó indudablemente al desarrollo jurisprudencial, pues tras este, encontramos la ratificación de estos conceptos en sentencias posteriores donde se reconoce el principio de supremacía o prevalencia de la normativa comunitaria por sobre el derecho interno de los países miembros.

Resumiendo el proceso: 0002-IP-1998⁷⁹, el pronunciamiento básicamente nos dice que el ordenamiento jurídico interno y el comunitario son distintos y autónomos, estos adoptan dentro de sus competencias conferidas sus propias formas peculiares de exigir derecho. Los elementos analizados anteriormente como: la aplicabilidad directa, efecto directo y por último el que estamos analizando que es la primacía son nociones que se le conceden a la norma comunitaria, a diferencia de la nacional. Nos habla de un “desplazamiento” de las normas nacionales que resulten incompatibles con el derecho comunitario, la resolución establece que no se trata de que la norma comunitaria posterior derogue a la norma nacional existente, sino de una inhabilitación temporal, no podrá ser aplicable en la resolución de conflictos. Dicha norma interna podrá continuar vigente, pero entra en un estado de “latencia”. En conclusión, la norma interna que sea contraria a la norma comunitaria, que contradiga o que resulte irreconciliable con ella, dejará de aplicarse automáticamente sin importar si es posterior o ulterior, aún si no es derogada.

Es primordial el correcto entendimiento de tales nociones, pues como la propia jurisprudencia andina nos dice al pronunciarse acerca de una decisión en el proceso previamente mencionado:

⁷⁹ Proceso 0002-IP-1998, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; <http://www.tribunalandino.org.ec>.

La Decisión 85, en consecuencia, prevalece en principio sobre toda regulación nacional anterior y posterior a ella, en cuanto resulte incompatible con el derecho interno. De no ser así resultaría imposible alcanzar el objetivo propio del derecho de integración, que es el de lograr un régimen uniforme para todos los países de la comunidad.⁸⁰

El pronunciamiento del Tribunal Andino en el proceso: 0002-IP-1990 no dice que:

“[...] según de las normas fundamentales o básicas del ordenamiento integracionista, se produce automáticamente un desplazamiento de la competencia, la que pasa del legislador nacional al comunitario” es por eso que “el legislador nacional queda así inhabilitado para modificar, sustituir o derogar el derecho común vigente en su territorio [...] y el juez nacional, a cuyo cargo está la aplicación de las leyes comunitarias, tiene la obligación de garantizar la plena eficacia de la norma común.”⁸¹

Queda en manos de los organismos e instituciones competentes de la Comunidad Andina, generar normativa comunitaria, modificarla, derogarla, etc. La competencia antes sostenida por el estado, que ahora atribuyó a la comunidad, ya no puede ser tratada por las instituciones nacionales, jueces, jurisdicciones, etc.

Uniformidad de normativa regional, fin básico para generar seguridad jurídica e igualdad entre los países andinos, Santiago Rojas nos dice: “Este principio de primacía de las normas comunitarias permite que los países miembros no puedan alegar normas de su

⁸⁰ Proceso 0002-IP-1998, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; <http://www.tribunalandino.org.ec>.

⁸¹ Proceso: 0002-IP-1990, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; <http://www.tribunalandino.org.ec>.

derecho interno para dejar de cumplir sus obligaciones adquiridas en el marco del proceso [...]” (18). No se puede dejar abierta la posibilidad de que un estado miembro pueda incumplir con las obligaciones adquiridas frente al tratado de integración regional, además de que es su obligación velar por el fiel cumplimiento de éste tomando las medidas necesarias, a esto, en el trabajo de Ignacio Basombrio tomando las palabras del jurista Andueza nos dice:

[...] las decisiones que se adoptan dentro de la CAN no son actos interestatales, ya que no son ‘producto del consentimiento entre países partes, sino un acto unilateral de la comisión que es el órgano normativo de una organización internacional, como es el Acuerdo de Cartagena, que tiene personalidad jurídica propia’ [...] (9)

Es decir, que van más allá de la competencia nacional, cuando se habla de que no son actos interestatales se refiere a que las decisiones emitidas por los órganos de la CAN no necesitan de la cooperación de los estados miembros para producir efectos generales en sus respectivos territorios, están revestidas de un poder supranacional que no podrá ser desconocido por los países que entraron en el proceso de integración regional. La intergubernamentalidad, es esa cooperación que existe en los Organismos Internacionales, carente de transferencia o limitación de la soberanía de los países miembros, entonces el organismo se maneja con la cooperación interestatal, cosa que no sucede en el caso de la Comunidad Andina.

IV.D. Supranacionalidad del Derecho Comunitario.

En un proceso de integración, mediante la flexibilización del concepto de soberanía, con la cesión de competencias soberanas, antes exclusivas del estado, y, con las fórmulas habilitantes constitucionales, permisivas de un proceso de integración, se produce la autonomía e independencia de las instituciones comunitarias. Hablamos de una atribución de competencias dinámicas y cambiantes según los objetivos del tratado constitutivo, su ampliación y delimitación queda en manos de la interpretación de los Tribunales Comunitarios, en base a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

Añadiendo a lo anterior, tenemos que es un proceso donde el nacimiento de normativa originaria y derivada, emitida por los organismos competentes, se reviste de los principios de aplicabilidad directa y efecto directo, en suma, producen la primacía y supranacionalidad del Derecho Comunitario, tal como Edgar Camacho establece:

[...] El carácter supranacional de un sistema jurídico se da, cuando un tratado internacional prescribe que las decisiones que sean adoptadas por los organismos comunitarios establecidos, mediante el acuerdo de una cierta mayoría, sea simple o calificada, según los casos, serán adoptadas y cumplidas de manera obligatoria por todos los países signatarios, prescindiendo del requisito de unanimidad, y de manera directa, esto es, sin necesidad de nueva aprobación o ratificación legislativa. (112)

En otras palabras la supranacionalidad implica el reconocimiento de los principios de prevalencia, aplicación directa y efecto directo por parte de los estados miembros que

forman parte ahora de un proceso multilateral, con la participación activa de los Estados y sus ciudadanos, así como de las Instituciones Comunitarias, entonces Edgar Camacho añade que “[...] debe tener en todas partes los mismo efectos y el mismo rango, la misma significación, igual fuerza obligatoria, y representar una categoría jurídica invariable dentro de todos los estados miembros.” (113)

La Supranacionalidad implica que el Derecho Comunitario se integra de pleno derecho en el orden jurídico interno de los estados miembros sin la necesidad de que se genere ninguna fórmula dentro del estado, es decir, que no tenga que pasar por las formalidades requeridas por la ley nacional. Los jueces nacionales se convierten también en jueces comunitarios debiendo aplicarla en los procesos pertinentes, teniendo en cuenta la naturaleza del Derecho Comunitario.

María Ángela Sasaki Otani advierte en su investigación que la supranacionalidad está unida a los principios elementales de Efecto Directo y Aplicación Inmediata. El primero se trata de que el Derecho Comunitario pueda ser invocado ante los tribunales por los ciudadanos de los estados miembros, entonces se puede generar un efecto directo vertical (ciudadanos contra estado) y efecto directo horizontal⁸² (ciudadanos en contra de otros privados). Agrega la autora que se da una “triple responsabilidad”

[...] 1) Responsabilidad internacional clásica frente a los demás estados miembros; 2) Responsabilidad del estado frente al particular; y, 3) Responsabilidad entre particulares.” Cuando se habla de la aplicación inmediata, la misma autora nos dice que “[...] Las normas supranacionales son autoejecutivas (selfexecuting) y de

⁸² Ver sección IV.B.1.

derecho positivo que no necesitan de ‘incorporación’ al derecho nacional [...] se trata de una ‘norma perfecta’, completa, no condicionada y, por ende, autosuficiente [...] (13)

Además hay que agregar que, como la autora dice:

La supranacionalidad es la aptitud o la capacidad de un órgano internacional comunitario para tomar decisiones *erga omnes* que afecten las relaciones exteriores o asuntos internos del estado sin previo consentimiento de éste, por lo que dicho concepto incluye dos características *sine qua non*⁸³: i) un órgano comunitario que actúe según un interés comunitario y no según los intereses nacionales (resulta importante en este punto, que no respondan a instrucciones de los gobiernos partes); y, ii) competencia para expedir decisiones de aplicación inmediata, sin la necesidad de actos de recepción por parte de los estados miembros [...] (27)

El Derecho Comunitario está revestido por primacía o prevalencia, pero cuando hablamos de la supremacía se marca una diferencia esencial, de este concepto en la revista “*Noticias de la Unión Europea*” dice:

[...] El Derecho Comunitario afirma su superioridad en razón de su propia y específica naturaleza, ajena a concesión alguna por parte del ordenamiento constitucional de los estados miembros. La primacía, muy al contrario, se basa en la naturaleza intrínseca de los Tratados Comunitarios, escapando así a la suerte que le harían correr, si de ellas dependiera, las

⁸³ Se refiere a una condición o ingrediente indispensable.

normas divergentes que, en cada estado y para cada estado, pretenden regular los conflictos entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno.

La primacía está en la esencia de los Tratados Constitutivos, la supranacionalidad es de la naturaleza del Derecho Comunitario, en otras palabras el Derecho Comunitario no necesita de la aprobación de los estados para estar revestida de superioridad. La primacía, por otro lado, yace dentro de los Tratados Constitutivos, en el caso de la Comunidad Andina, el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, establece en su artículo 3 que “Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los países miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior” y agrega, artículo 4 “Los países miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina” Los países miembros también se comprometen “[...] a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o de que algún modo obstaculice su aplicación”

El Derecho Comunitario prevalece sobre las normas nacionales de los países miembros, mediante sus principios se busca su efectiva aplicación de manera uniforme en el territorio de la comunidad y así garantizar el ordenamiento jurídico comunitario. Dicha normativa se incorpora de manera inmediata al Derecho Nacional, sin necesidad de un acto ulterior por parte del país miembro, es decir, que tenga que pasar por las formalidades para convertirla en norma de derecho interno. Hay que agregar, que cuando la normativa

comunitaria ha sido publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, ésta de manera inmediata provee a los sujetos tanto públicos como privados de derechos y obligaciones, lo cual quiere decir, que dichos sujetos están facultados de exigir a sus jueces nacionales el reconocimiento de la normativa comunitaria, y el juez nacional se convierte en un juez comunitario. La supremacía es en suma todo lo expuesto anteriormente, pues dotan de una jerarquía superior a las normas comunitarias de las normas nacionales.

En el caso concreto de los países miembros de la Comunidad Andina, las fórmulas detonantes constitucionales que muestran el claro propósito de los estados para generar la supranacionalidad del derecho comunitario son las siguientes:

Colombia, en su Constitución de 1991, artículo 9, inciso segundo establece:

Las relaciones exteriores del estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia.

De igual manera, la política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe.

Las fórmulas detonantes de un proceso de integración de la constitución colombiana muestra el interés de promover la integración latinoamericana. La suscripción se basará en la equidad, igualdad y reciprocidad tal como en el capítulo VIII, que habla de las *Relaciones Internacionales*, promulga:

Artículo 227. El estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe, mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones. [...]

Cuando se habla de los principios como el de prevalencia, efecto directo y aplicabilidad inmediata, Marcel Tangarife aclara, en su investigación, que en el artículo anterior no se hace referencia a estos, pero que dichos principios han sido desarrollados por la Corte Constitucional de este país en la sentencia C-256 del 27 de mayo de 1998 que dijo:

El Acuerdo de Cartagena es un tratado internacional que hace parte del derecho comunitario andino pero que no es todo el derecho comunitario andino, dado que éste ‘no se desarrolla únicamente a partir de los tratados, protocolos o convenciones, puesto que los órganos comunitarios están dotados de la atribución de generar normas jurídicas vinculantes. Por eso, en el caso del derecho comunitario se habla de la existencia de un derecho primario y de un derecho secundario, siendo el primero aquel que está contenido en los tratados internacionales, y, el segundo, el que es creado por los órganos comunitarios investidos de competencia para el efecto’, cuyas decisiones ‘son obligatorias desde el mismo momento de su promulgación, salvo que expresamente se consagre que la norma concreta deba ser incorporada al derecho interno de cada país. Así mismo debe destacarse que las normas comunitarias prevalecen sobre las locales.

[...] De las consideraciones que la actora vierte en su libelo se desprende la supremacía del derecho comunitario sobre el derecho interno, de modo que por virtud del traslado de competencias a los organismos supranacionales, las decisiones que estos adopten rigen inmediata y automáticamente en cada uno de los países miembros y adquieren una prevalencia que torna ineficaces las normas del derecho nacional contrarias al derecho comunitario. (127)

La supranacionalidad se vuelve parte fundamental en un proceso andino, y su reconocimiento por parte del estado colombiano, a través de su corte constitucional y su pronunciamiento vinculante, admite de manera expresa los principios que acarrearán el proceso de integración andino.

Perú en su constitución del año de 1996, en el Título II, capítulo I que habla del Estado, la Nación y el Territorio, artículo 44, inciso segundo, invoca: “[...] es deber del estado establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana, así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior.”

A esto hay que agregar que en el artículo 55 dice: “Los tratados celebrados por el estado y en vigor forman parte del derecho nacional”. De esta norma se puede deducir que los tratados de integración celebrados por Perú y por consiguiente la normativa comunitaria será mirada por los jueces nacionales con prevalencia, efecto directo y aplicación inmediata. A esto hay que agregar, que mediante sentencia en el Proceso 7-AI- 99 el Tribunal de Justicia Andino, obligó al país a tomar medidas legales y administrativas para

corregir el Decreto Supremo 010-97 ITNICI , donde trasgredían el efecto directo, aplicabilidad inmediata y prevalencia del Derecho Comunitario Andino. El Gobierno del Perú se vio obligado a derogar el artículo 5 del decreto antes mencionado, a fin de cumplir con la sentencia y aceptar de manera plena los principios del derecho comunitario, sujetándose así, al ordenamiento jurídico supranacional.⁸⁴

La constitución ecuatoriana, habla de “Integración latinoamericana” es el Capítulo III, del título VIII en su Art. 423 dice: “La integración, en especial con los países de Latinoamérica y el Caribe, será un objetivo estratégico del Estado. En todas las instancias y procesos de integración [...]”

Es un capítulo muy detallado del proceso de integración que el Ecuador espera desarrollar en la región. La nueva constitución ecuatoriana recoge desde las diferentes etapas de integración, hasta promueve la armonización de la normativa en las naciones. Se da de manera explícita la posibilidad de generar procesos de integración.⁸⁵

Marcel Tangarife señala que “En el caso ecuatoriano, se puede concluir, existe un marco constitucional que permite el desarrollo del derecho de la integración, en particular el andino, sin mayores traumatismos [...] Este mismo marco permite la adopción y aplicación de los principios de prevalencia, aplicación directa y efectos inmediatos [...]” (132).

Bolivia en su constitución, a pesar de las últimas reformas, no ha incorporado de forma precisa la integración latinoamericana, aunque sí se habla en su Título IV, artículo 59

⁸⁴ Ver sección IV.D.1

⁸⁵ Ver sección II.B.1.

de las atribuciones del Poder Legislativo, numeral 12. “Aprobar los Tratados, concordatos y convenios internacionales.”

Javier Bozo Garrón en su trabajo “*Jerarquía del Derecho Comunitario*” en el *Anuario de derecho Constitucional Latinoamericano* al respecto analiza que:

El Tratamiento de ley que se otorga por algunos autores en Bolivia a los tratados y convenios internacionales responde a una deducción de la norma constitucional, ya que, conforme lo establece el artículo 59, numeral 1.º, de la Constitución Política del Estado, el Poder Legislativo instrumenta su facultad normativa a través de leyes. Por ello, al ser éste el mecanismo que tiene el Legislativo para aprobar los diferentes instrumentos internacionales, se entendería *a priori* que dichos instrumentos tienen ese rango normativo dentro de la escala de normas nacionales. (703)

Sin embargo, agrega el autor, es únicamente lógico deducir que la normativa internacional no es creada por el poder legislativo bolivariano, sino que se trata del acto formal de aprobación respecto de las facultades constitucionales del presidente en materias de tratados.

En el caso bolivariano es necesario normativa más explícita del tema, las fórmulas detonantes de integración en las constituciones otorgan más validez a los actos de los órganos supranacionales y no dejan cabida a la duda en un proceso cada vez más necesario para la región. Si algo se concluye del proceso en la Unión Europea, es que dicha apertura en las constituciones a la regulación de estos temas con amplia envergadura, ha logrado un

desarrollo normativo originario y derivado más acelerado, con un empuje que sólo los estados miembros podían dar.

CAPÍTULO V:

ANÁLISIS DE SENTENCIA PROCESO 07-AI-99 DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.

V.A. Antecedentes.

El derecho cobra vida propia cuando interviene en nuevos escenarios, cuando por razón de los tiempos evoluciona y nos vemos inmersos en nuevas realidades jurídicas, es entonces que en su aplicación se puede apreciar su esencia.

En el desarrollo de esta investigación se ha nombrado jurisprudencia tanto de la Unión Europea como de la Comunidad Andina de Naciones, en particular el **Proceso 07-AI-99** en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina que ha sido continuamente señalado en algunos temas de esta tesis y que a continuación se profundizará.

El tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en la Acción de incumplimiento interpuesta por la Secretaría General contra la República del Perú por incumplimiento de las obligaciones emanadas de los artículos 5°. Del Tratado de creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 38 de la Decisión 344 de la Comisión y de las resoluciones 079 y 106 de la Secretaría General.

En la demanda la Secretaría General expone que el incumplimiento del Gobierno del Perú se origina a partir de la expedición del Decreto Supremo N° 010-97-ITINCI que en su artículo 5° contraviene lo establecido por el artículo 38⁸⁶ de la Decisión 344 de la Comisión, en sus argumentos explicó que cuando se habla de productos patentados que vayan a ser importados el artículo 38 exige el cumplimiento de actos sucesivos de

⁸⁶ **Artículo 38.-** A los efectos de la presente Decisión, se entenderá por explotación, la producción industrial del producto objeto de la patente o el uso integral del proceso patentado junto con la distribución y comercialización de los resultados obtenidos. También se entenderá por explotación la importación, junto con la distribución y comercialización del producto patentado, cuando ésta se haga de forma suficiente para satisfacer la demanda del mercado.

importación, distribución y comercialización, entendiendo que todos ellos, en conjunto, configuran plenamente la explotación del producto patentado. Cuando mencionan el artículo 5° del Decreto cuestionado, la Secretaría General señaló que el gobierno del Perú establece que la sola importación de un producto obtenido a través de un procedimiento patentado será suficiente para satisfacer la demanda del mercado, lo cual equivale a sólo un tipo de operación comercial, es así que la explotación exigida por la norma comunitaria no estaba siendo satisfecha.

La Secretaria General, recalcó en la demanda que hay que mirar detenidamente que la función interpretativa que el Decreto Supremo pretende tener de la Decisión 344, no puede darse, ya que no existe norma expresa que faculte a las autoridades de los Países Miembros para interpretar, pues estamos hablando de una competencia exclusiva del Tribunal Andino de Justicia, tal como lo establece el artículo 28⁸⁷ (actual 32) del Tratado de Creación en concordancia con el artículo 61 del Estatuto del Tribunal. (7-AI-99 p. 3) Se genera por lo tanto las llamadas “zonas muertas” noción que explica que una vez transferidas las competencias del Estado a los órganos supranacionales, el país miembro ya no podrá ejercer determinadas funciones pues su ejercicio le corresponde solamente al órgano supranacional.

En la contestación de la demanda, el Gobierno del Perú, expuso que la explotación de una patente dentro del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina en materia de propiedad industrial, no implica necesariamente la ejecución conjunta de los tres actos que

⁸⁷ **Artículo 32.-** Corresponderá al Tribunal interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros.

son el de importación, comercialización y distribución, agrega además que es de conocimiento del Tribunal que en el mercado existe una infinidad de productos importados cuyo modo de intercambio se efectúa de manera directa entre proveedor y comprador, entonces en estos casos que no se requeriría de los canales de comercialización y distribución por lo que resultaría “ilusorio” tener que exigir, a efectos de cumplir con la obligación de explotación de la patente, importar, distribuir y comercializar el producto, lo cual también conduciría a que las empresas se vieran obligadas a contratar servicios de comercialización y distribución no necesarios. Entonces establecen que el referido Decreto Supremo “[...] solo se ha limitado a precisar algunos términos que garanticen la correcta aplicación de los derechos consagrados en la norma subregional, sin que en ningún momento se agreguen nuevas exigencias o requisitos a los ya establecidos por el régimen”, afirman entonces, que se ha tratado con el Decreto de realizar una correcta equiparación entre el concepto de explotación de la patente con el acto de importación. (7-AI-99 p. 4)

V.A.1 Observaciones.

El Incumplimiento por parte de la República del Perú se configura a partir de la expedición del Decreto Supremo N° 010-97 ITINCI por la cual se modifica sustancialmente el artículo 38 de la Decisión 344, modificando los actos de explotación previstos en la normativa comunitaria.

En los puntos a analizar hay que resaltar:

1. Si estamos hablando de normativa comunitaria, decimos que esta es directamente aplicable y genera efectos inmediatos, su preeminencia implica que la Decisión 344 se impondrá ante el Decreto Supremo.

2. El Derecho Comunitario no necesita acto formal de recepción y no necesita de la intervención Estatal para que tenga validez plena dentro de los estados miembros. Esto quiere decir que el Perú, mediante dicho decreto, con su pretensión de “aclarar” términos de la Decisión 344, va en contra de las disposiciones de la normativa comunitaria porque en primer lugar la interpretación es competencia del Tribunal, y como el mismo tribunal establece los países no están dotados de una facultad de precisar de manera general los alcances de la normativa comunitaria.
3. Las competencias cedidas a los órganos supranacionales de la Comunidad Andina, revisten a ellos de poderes soberanos, entonces pasamos de tener legisladores nacionales a legisladores comunitarios, hablamos de una competencia ya transferida, en la cual no puede existir intervención de la República del Perú, por lo cual con el Decreto se intento aclarar o precisar normativa comunitaria sin aptitud legal para ello.
4. Tenemos también que existe el principio del **“Complemento Indispensable”**, que es el que da la directriz de para desarrollo de normativa de derecho interno, que se generarían a partir de que sean necesarias para la ejecución de la norma comunitaria, favoreciendo su aplicación, no limitándola como es en el caso de este proceso, entonces el desarrollo de la ley comunitaria por legislación nacional es excepcional al que se le aplicara el antes mencionado complemento indispensable. (7-AI-99 p. 16)

V.A.2 Análisis.

Ahora, el Acuerdo de Cartagena establece los derechos y obligaciones de los países miembros y mediante él, el control de legalidad del sistema fue encomendado al Tribunal que se caracteriza por ser un órgano jurisdiccional exclusivo que tiene la capacidad de dirimir controversias, declarar derecho comunitario e interpretarlo uniformemente; consecuentemente le corresponde al Tribunal velar por la aplicación del ordenamiento jurídico comunitario y garantizar también que los países cumplan las normas que integran el mismo, mediante la aplicación o abstención de medidas consecutivas con los objetivos del Tratado, el Tribunal bajo su competencia conoce el caso del incumplimiento, desplazando la jurisdicción nacional.

Consecuentemente, cuando se habla de la naturaleza y las características del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, estos están recogidos en los artículos 1 a 4⁸⁸ del Tratado de Creación del Tribunal, donde se menciona la jerarquía y primacía,

⁸⁸**Artículo 1.-** El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina comprende:

- a) El Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales;
- b) El presente Tratado y sus Protocolos Modificatorios;
- c) Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina;
- d) Las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina; y,
- e) Los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina.

Artículo 2.- Las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o por la Comisión de la Comunidad Andina.

Artículo 3.- Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior.

Cuando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro.

ámbito de aplicación, competencias y facultades de los órganos que se encargan de su vigilancia y observancia, tratado que fue ratificado tanto por el Gobierno del Perú como por el resto de los países miembros de la Comunidad Andina.

Ya había quedado establecido que el ordenamiento jurídico de la comunidad se compone de normas originarias y derivadas. Las primeras recogidas en el Acuerdo de Cartagena y en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia con sus protocolos modificatorios; las segundas contenidas en las Decisiones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la Comunidad Andina y en las Resoluciones de la Secretaría General. No hay norma explícita de la jerarquización, sin embargo muchos autores y el mismo Tribunal concluyen que de artículo 1 del Tratado se depende dicha jerarquización.

El Tribunal señala que es característica primordial del sistema comunitario de derecho el que los países soberanamente cedan parte de sus competencias reguladoras, pasando de estar dentro de la órbita estatal a la a órbita de la acción comunitaria para así poder cumplir con los objetivos de la integración subregional. Nos encontramos con normas de orden supranacional, que originariamente era de competencia exclusiva de los países miembros, pero que para efectos de la integración fueron atribuidos a los órganos de la comunidad que ahora ejercerán dichos poderes mediante los cuales quedamos obligados para con la Comunidad.

La Comisión, bajo su competencia, expide la Decisión 344 que trata del Régimen Común sobre Propiedad Industrial, hablamos de normativa derivada de la Comunidad que tiene aplicabilidad inmediata y efecto directo dentro del ordenamiento jurídico de los países

miembros, su preeminencia resguarda su aplicación uniforme en todos los países miembros, velando por la seguridad jurídica de la Comunidad.

El precepto legal transgredido por el Gobierno del Perú se haya en el artículo 5 (hoy artículo 4, según codificación de la Decisión 472) del Tratado de Creación del Tribunal, que nos dice:

Artículo 4.- Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas que de algún modo obstaculice su aplicación.

En este caso en particular, nos situamos en la abstención que debe existir por parte del Gobierno del Perú de no emplear medidas que sean contrarias o que obstaculicen la aplicación del Derecho Comunitario Andino. Profundizando, mediante el Decreto Supremo cuestionado, el Perú estaba suprimiendo o restringiendo el artículo 38 de la Decisión 344 al establecer que no es necesario el acto sucesivo de importación, distribución y comercialización para que se dé la explotación plena de un producto patentado en la comunidad, sino que solo con la importación como tal ya se configuraba la explotación en el caso de bienes intermedios y maquinarias, cuyo modo de intercambio se efectúa de manera directa.

El Tribunal en la sentencia, mediante su análisis, establece que al delimitar cuáles son las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino, sin importar su forma, es

decir: Tratados, Protocolos, Acuerdos, Convenios o Resoluciones, son por regla, de efecto y aplicación directa en todos los Países. Todo lo anterior deriva en la preeminencia del Derecho Comunitario Andino, de donde, como el mismo Tribunal establece en el Proceso analizado:

[...] imponen a los Países Miembros dos obligaciones básicas con respecto al mismo: una, de hacer, dirigida a la adopción de medidas que aseguren el cumplimiento de dicho Ordenamiento dentro de su ámbito territorial; y, otra, de no hacer, conducente a que no se adopten medidas o se asuman conductas o se expidan actos, sean de naturaleza legislativa, judicial, o administrativa, que contraríen u obstaculicen la aplicación del derecho comunitario. (13)

La aplicabilidad directa de la Decisión 344 se da en todo el territorio que conforma la comunidad, integrado por todos los países miembros de la Comunidad, esto acompañado por el efecto directo que exige el despliegue pleno de dicha normativa dentro de dichos países, entre sus particulares y el Estado; en conjunto resultan en la preeminencia del Derecho Comunitario, sea originario o derivado, sobre las normas jurídicas internas de cada país.

No se necesita de acto formal de recepción por parte de los países miembros, es decir, la normativa comunitaria es directamente aplicable desde la fecha de publicación en la Gaceta oficial de la Comunidad, todo esto recogido en los artículos 2 y 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, es por eso que “La sola suposición de que las Decisiones de la Comisión o las Resoluciones de la Junta, tuvieran que pasar por el tamiz legislativo de cada uno de los Países Miembros, antes de su

aplicación interna, habría conducido a negar la existencia de un derecho comunitario andino.” (11,12) he ahí la importancia de los principios antes mencionados, porque sin ellos no se podría dar la misma existencia del Derecho Comunitario.

V.A.3 Sentencia, Conclusión.

Es entonces que no es viable que los países miembros, bajo ningún precepto nacional, dicten normas de derecho interno para “precisar”, “aclarar” o “interpretar” disposiciones contenidas en las Decisiones de la Comisión, al hacerlo claramente vulneran principios y normas del ordenamiento jurídico comunitario al asumir competencias que ya habían sido cedidas a órganos supranacionales, todo esto configura el incumplimiento de las obligaciones adquiridas el momento que el país ingreso a la Comunidad.

Con todos estos preceptos, el Tribunal en el Proceso analizado, declaró que el Perú estaba incumpliendo el artículo 5 del Tratado de Creación del Tribunal (hoy artículo 4 según la codificación de la Decisión 472) y el artículo 38 de la Comisión, así como las Resoluciones 079 y 016 de la Secretaria General, mediante la expedición del Decreto Supremo 010-97 ITINCI. El Tribunal exigió al Perú exhortar la aplicación de lo dispuesto en el artículo 27⁸⁹ del Tratado de Creación del tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para que se adopten las medidas necesarias para adecuar la situación legal y administrativa

⁸⁹ **Artículo 27.-** Si la sentencia del Tribunal fuere de incumplimiento, el País Miembro cuya conducta haya sido objeto de la misma, quedará obligado a adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento en un plazo no mayor de noventa días siguientes a su notificación.

Si dicho País Miembro no cumpliere la obligación señalada en el párrafo precedente, el Tribunal, sumariamente y previa opinión de la Secretaría General, determinará los límites dentro de los cuales el País reclamante o cualquier otro País Miembro podrá restringir o suspender, total o parcialmente, las ventajas del Acuerdo de Cartagena que beneficien al País Miembro remiso.

En todo caso el Tribunal podrá ordenar la adopción de otras medidas si la restricción o suspensión de las ventajas del Acuerdo de Cartagena agravare la situación que se busca solucionar o no fuere eficaz en tal sentido. El Estatuto del Tribunal, precisará las condiciones y límites del ejercicio de esta atribución.

El Tribunal, a través de la Secretaría General, comunicará su determinación a los Países Miembros.

generada por la expedición del mencionado Decreto Supremo, buscando así el equilibrio y armonía de la ley nacional con la normativa comunitaria. (7-AI-99 p.20)

Consecuentemente, con la plena aplicación del Derecho Comunitario Andino, el Gobierno del Perú derogó el artículo 5 del Decreto Supremo 010-97 ITINCI, para esto Tangarife nos señala que “[...] De esta manera, sus autoridades, con fundamento en el texto del artículo 55⁹⁰ de la Constitución Política, y bajo el entendido de la plena sujeción al ordenamiento jurídico supranacional, hicieron suyos los principios de prevalencia, aplicación directa y efectos inmediatos” (131)

Es un caso que nos permite vislumbrar la importancia del respeto por los principios del Derecho Comunitario, sin los cuales no se podría configurar la supranacionalidad del mismo, la Comunidad Andina revestida de poder mediante la cesión de competencias soberanas tiene fuerza coercitiva dentro del territorio de la Comunidad, los estados miembros se ven obligados al respeto por la normativa supranacional así como también velar por su fiel cumplimiento. También se puede apreciar la ejecución de los recursos contenidos en los Tratados y la actuación de los órganos supranacionales velando los objetivos de la integración. Es importante señalar que el Perú podía recurrir a la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia para dirimir cualquier duda en cuanto al ordenamiento jurídico andino, los países disponen de dichas herramientas para hacer del derecho comunitario más efectivo y generar más dinámica en la integración regional.

⁹⁰ **Artículo 55°.** Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

CONCLUSIONES.

La Comunidad Andina, organización regional de la cual formamos parte, a pesar de tener una trayectoria larga, institucionalidad y autonomía, no ha logrado un desarrollo sostenible y una integración profunda, al contrario de la Unión Europea. Es un organismo que cuenta con órganos supranacionales que buscan generar un plan armonioso y equilibrado dentro de la comunidad, todo esto gracias a que se le ha dotado de poder soberano que implica una nueva realidad jurídica para nuestras naciones y que debe ser comprendido por los sujetos del proceso de integración.

En los países pertenecientes a la CAN y en particular en nuestra legislación, se observa la permisibilidad del proceso, las constituciones de los estados miembros de este organismo mencionan la integración como objetivo importante y sus fórmulas habilitantes miran a un proceso de integración más profundo. Es importante para el tema comprender que con el control constitucional se genera un punto de reconciliación en la dinámica entre la normativa comunitaria y el ordenamiento jurídico interno de los estados, pues una vez que la normativa originaria pasa por el control *a priori* y después por la aprobación y ratificación, adquiere validez plena dentro del ordenamiento jurídico interno, entonces dicho control es la figura legal encargada de sobreguardar la primacía de la constitución frente al tratado constitutivo dejando de lado problemas de contradicción con la Carta Magna.

A todo lo anterior, hay agregar el papel clave que juega la soberanía estatal en el proceso de integración, por eso la pertinencia de mirar su desarrollo conceptual para vislumbrar que dicho concepto pasó de ser inamovible a ser flexible y así posibilitar a los estados la cesión de competencias soberanas. Es así, que la creación de órganos

supranacionales, presupone también reconciliar la idea de la limitación de la soberanía estatal, que se logra con la explicación de que el estado, que es el titular de dicha soberanía, bajo sus propias competencias, genera acuerdos internacionales por acto voluntario que no atenta a su libre autodeterminación. En otras palabras y profundizando, el pueblo quien es el soberano absoluto, mediante su poder, elige a sus representantes quienes bajo sus competencias proceden al control, aprobación y ratificación del tratado constitutivo de Derecho Comunitario, es así que dicha limitación de la soberanía estatal se da por acto voluntario permitiendo la creación de órganos supranacionales que ahora ejercerán poderes soberanos por las competencias que se les ha cedido.

Ecuador, Colombia, Perú y Bolivia reconocieron competencias soberanas a la Comunidad Andina, encontramos competencias exclusivas, concurrentes y explícitas cedidas a los órganos de la CAN. Al hablar de este organismo regional, los autores concuerdan que a pesar de su antigüedad, en el tema de competencias no se ha avanzado, limitando esa integración profunda que persigue el Derecho Comunitario, por lo cual recomiendan la generación de un catálogo de competencias más preciso que dé una mejor directriz a los órganos comunitarios a la hora de actuar y así alcanzar nuevos niveles de integración andina.

También hay que señalar que los principios de subsidiariedad y proporcionalidad deben normarse de manera más precisa en la comunidad y así dar ese impulso necesario al accionar comunitario, muchos autores perciben que la falta de desarrollo normativo en la Comunidad Andina, en este tema en particular, frena la integración pues no se ha establecido bien el manejo de estos principios. La subsidiariedad permitirá que la

intervención comunitaria se amplíe o restrinja cuando las circunstancias lo requieran, es decir que si por la envergadura del tema, el accionar comunitario se justifica, mediante informes motivados, la comunidad podrá intervenir siempre velando por los objetivos del tratado constitutivo. Se produce un lineamiento para el ejercicio de las competencias no exclusivas, pudiendo ampliarse o restringirse las competencias de requerirse, descentralizando así el poder y permitiendo más dinámica en la integración. Como segundo punto el principio de proporcionalidad, que es el que determinará la intensidad del accionar comunitario, pues se deberá buscar los medios más idóneos para cumplir con los objetivos de la comunidad, en otras palabras, es un principio que nos habla de establecer el equilibrio entre los medios que la comunidad utilizará y los objetivos previstos en el tratado, siempre teniendo en cuenta las medidas menos restrictivas para los sujetos del derecho comunitario, es así que se le impone a la comunidad buscar las mejores alternativas para cumplir con los objetivos de la integración. La subsidiariedad se da en los casos de la existencia de competencias no exclusivas e implícitas, mientras que la proporcionalidad tiene alcance general dentro de la comunidad.

La aplicación inmediata y el efecto directo, principios reconocidos en el Acuerdo de Cartagena, nos introducen a una nueva realidad jurídica, pues mientras la primera nos habla de que la norma comunitaria adquiere, automáticamente, la característica de derecho positivo en el orden jurídico interno de los estados, sin necesidad de acto formal de recepción, el segundo principio se refiere al despliegue pleno de la norma comunitaria, es decir, que de manera inmediata generan derechos y obligaciones para los estados miembros y los particulares, quienes podrán invocar dicha normativa en sus propios tribunales, los jueces nacionales se convierten en jueces comunitarios quienes deberán velar su aplicación.

La primacía o prevalencia, que es una característica esencial del Derecho Comunitario, implica que el ordenamiento jurídico de la integración andina prevalece en su aplicación sobre las normas internas, en otras palabras, en caso de existir contradicción entre norma nacional y comunitaria, la nacional se verá desplazada y se aplicará la comunitaria.

El desarrollo jurisprudencial en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha sido amplio en cuanto a los principios antes mencionados, establece que la normativa comunitaria y la interna son distintas y autónomas pues cada una de ellas tiene sus formas peculiares de exigir derecho. La aplicabilidad directa, efecto directo y la primacía, son nociones propias del Derecho Comunitario, que miran a lograr un régimen uniforme en todos los países de la comunidad, y así proteger la seguridad jurídica tan buscada por la Comunidad Andina y velar por el fiel cumplimiento de los objetivos del tratado. Es importante señalar que los países miembros incurren en numerosas faltas contra el Derecho Comunitario, ya que la aplicación de las sanciones se deja a la discrecionalidad de los países miembros, incumpliendo repetitivamente las sentencias del Tribunal, por lo cual concordamos con algunos autores cuando establecen que debe desarrollarse un sistema de sanciones más efectivo en la comunidad que genere mayor respeto por la normativa y así asegurar su cumplimiento.

La supranacionalidad es una característica inalienable del Derecho Comunitario, se da por la propia naturaleza de este tipo de derecho, a diferencia de la primacía, pues no necesita concesión nacional para que pueda revestirse de este rasgo. En virtud de la transferencia de competencias a los órganos supranacionales de la Comunidad Andina, las decisiones que estos adopten rigen de manera automática e inmediata en los países

miembros, sus decisiones tienen efecto *erga omnes*, es decir efectos generales, que reviste al Derecho Comunitario de superioridad jerárquica frente a la normativa interna, al referirse al tema el Tribunal de Justicia Andino ha establecido repetidas veces que el “Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena es imperativo, de aplicación obligatoria en todos los países miembros y que debe ser respetado y cumplido por todos” .

En teoría, los países miembros se comprometen a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que obstaculicen su aplicación, situación que no funciona de manera efectiva, porque por ejemplo, del análisis del proceso 07-AI-99, donde el Perú incurre en incumplimiento mediante la expedición del Decreto Supremo 010-97-ITINCI que pretendía “interpretar” normativa comunitaria, resalta el hecho de que los estados miembros no caen dentro del incumplimiento de la normativa comunitaria, sino que también no respetan las resoluciones y los dictámenes emitidos por los órganos comunitarios, además que la falta de uso de recursos como el de interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia Andino, resta dinámica en el ejercicio pleno del Derecho Comunitario. En el caso mencionado el Tribunal mediante sentencia se llegó a la conclusión que el Gobierno del Perú se estaba atribuyendo poderes que ya no le correspondían, pues previamente ya habían sido cedidos a la comunidad, hay que tener bien claro dentro de nuestras naciones que hay ámbitos competenciales que ya no nos corresponden ejercer y que debemos mirar a la comunidad como un aliado.

Muchos señalarán la actual crisis europea como ejemplo para cuestionar la integración latinoamericana, y aunque no es pertinente realizar un análisis económico pues la tesis no se trata de eso, creemos que es necesario puntualizar un par de temas: la crisis de

algunos de los países europeos desde el punto de vista de los economistas, se produce por la unión de variables como el endeudamiento excesivo por parte de los estados miembros, así como por el paro prematuro de la fuerza de trabajo y el poco control del gasto gubernamental, eso en breves rasgos, entonces estamos hablando de políticas económicas erróneas de cada país, mas no de la Unión Europea como tal, es lógico pensar que si están atravesando una situación crítica por la integración, se diera un retroceso en el proceso integracional, en primer lugar, eso no sería viable pues los países de la Unión Europea tienen muy claro el respeto por los tratados firmados y no pretenden incumplir con sus obligaciones en la comunidad; y en segundo lugar hablamos de que a pesar de lo que muchos concluirán, los representantes de los países miembros están exigiendo que se cedan aún más competencias en materia económica a la Unión Europea, situación que hasta el momento ha sido aceptada y ratificada por la mayoría de los países miembros. De todo ello se concluye que no se ha dado un retroceso, sino que la comunidad quiere tener una respuesta más adecuada y fuerte como bloque económico frente a la crisis que se ha presentado en sus naciones.

Finalmente, esta es una investigación que ha pretendido reconciliar algunos temas claves del proceso de integración para así aceptar de manera más natural la supranacionalidad del Derecho Comunitario. Hay que instar, no únicamente a los cambios normativos que sugieren algunos autores, sino también a una difusión general y real de todos los principios y efectos que generan el pertenecer a la CAN. Creemos firmemente que la profundización de la integración en nuestra región trae consigo muchos beneficios para la comunidad, como el tener políticas económicas unificadas entre los países nos vuelve más competitivos a nivel internacional, además que se alienta al crecimiento económico

mediante la inversión en nuestros países a partir de esa seguridad jurídica tan deseada; la política exterior conjunta resulta en una actuación más segura, y como bloque, de respuesta más general y con miras a la protección de los países miembros. Es necesario buscar una integración que fomente el desarrollo de la tecnología e industria en la comunidad, un bloque que además de abarcar temas comerciales se preocupe también por el desarrollo social y cultural de las naciones.

La integración regional es una herramienta clave para enfrentar un mercado competitivo, un mundo globalizado, es un proceso donde hay tanto matices políticos como sociales, economías distintas, realidades jurídicas propias de cada país, pero gracias a los objetivos comunes, con miras a esos beneficios generales, se pueden llegar a consensos entre las naciones que generaran políticas más acordes a la realidad mundial, es un ceder para ganar.

BIBLIOGRAFÍA

- Achá Lemaitre, Daniel. «Los principios de subsidiariedad y proporcionalidad y su posible proyección hacia la Comunidad Andina.» 2008. *Repositorio Institucional del Organismo Académico de la Comunidad Andina, CAN*.
<<http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/2260>>. Acceso: de noviembre de 2011
- Balaguer Callejón, Francisco, y otros. *Manual de Derecho Constitucional*. Vol. I. Madrid: TECNOS, 2008.
- Barnés Vázquez, Javier. «La Distribución de Competencias entre la Unión y los Estados miembros en el Proyecto de Constitución Europea.» *Una Constitución para la Ciudadanía de Europa: Estudios sobre el Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa*. Navarra: Arazandi, S.A., 2004. 303-329.
- Basombrio, Ignacio. «CEPAL.» s.f. *Comisión Económica para América Latina y el Caribe*.
<<http://www.eclac.cl/brasil/noticias/paginas/2/22962/BASOMBRIO-INTEGRACION%20ANDINA-INSTITUCIONES%20Y%20DERECHO.pdf>>. Acceso: 9 de Agosto de 2011
- Becerra Ramírez, Manuel. *Derecho Internacional Público*. México: Universidad Autónoma de México, 1991.
- Becerra Ramírez, Manuel, y otros. «Soberanía y Juridificación en las Relaciones Internacionales.» Vers. pdf. s.f. www.bibliojuridica.org.
<<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2790>>. Acceso: 8 de Abril de 2011
- CAF. *Breve Historia*. s.f. <<http://www.caf.com/view/index.asp?pageMS=61398&ms=19>>. Acceso: 27 de octubre de 2011
- Camacho Omiste, Edgar. «El Marco Constitucional y el Principio de la Supranacionalidad.» *Integración y Supranacionalidad: Soberanía y Derecho Comunitario en los Países Andinos*. Lima: Secretaría General de Comunidad Andina y PCAB, 2001. 104-119.
- CAN. «Normativa Andina.» s.f. *Decision 500, Estatuto de Justicia de la Comunidad Andina*.
<<http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D500.htm>>. Acceso: 3 de Agosto de 2011
- . «Normativa Andina.» s.f. *Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*.
<<http://www.comunidadandina.org/normativa/tratprot/moditrib.htm>>. Acceso: 3 de Agosto de 2011
- . *Órganos e Instituciones*. s.f. <<http://www.comunidadandina.org/quienes.htm>>. Acceso: 27 de octubre de 2011

- . «Tribunal de Justicia Andino .» s.f. *Jurisprudencia*
<http://www.tribunalandino.org.ec/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=67>. Acceso: 9 de Agosto de 2011
- Carretero García , Ana. *Los Principios de Atribución de Competencias, Subsidiariedad y Proporcionalidad en el Tratado de la Unión Europea*. Toledo: Imprenta Provincial, 1998.
- Carrión , Fernando. «La Descentralización Andina: ¿tema supranacional?» *Procesos de descentralización en la Comunidad Andina*. Ed. Fernando Carrión . 1ª. Quito: FLACSO, 2003. 104-124.
- Congreso de Peru. «Tribunal Constitucional.» s.f. <http://www.tc.gob.pe>.
<<http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html>>. Acceso: 4 de Agosto de 2011
- Constitución Política de Colombia. «Political Database of the Americas.» s.f.
<http://pdba.georgetown.edu>.
<<http://pdba.georgetown.edu/constitutions/colombia/col91.html#mozToclid9103>>. Acceso: 4 de Agosto de 2011
- Constituyente, Asamblea. «Asambleanacional.gov.ec.» Vers. Pdf. 2010.
<http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>. Acceso: 04 de Abril de 2011
- Dueñas Muñoz, Juan Carlos, Rodrigo Javier Garrón Bozo y et al. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Ed. Jan Woischnik. Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2006.
- Ekmekdjian, Miguel Ángel. *Introducción al Derecho Comunitario Latinoamericano*. Buenos Aires: Depalma, 1996.
- EUR- Lex. *Protocolo sobre la aplicación de los Principios de Subsidiariedad y Proporcionalidad*.
<<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:310:0207:0209:ES:PDF>>. Acceso: 23 de noviembre de 2011
- «EUR-Lex.» s.f. *Versión Consolidada del Tratado Constitutivo de la Unión Europea*. <http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/dat/12002E/pdf/12002E_ES.pdf>. Acceso: 7 de Agosto de 2011
- «EUR-Lex.» s.f. *Sentencia del Tribunal de Justicia - asunto 6/64*. <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61964CJ0006:ES:PDF>>. Acceso: 29 de Agosto de 2011
- FLACSO. *Procesos de Descentralización en la Comunidad Andina*. 1a. Quito: Ekseption Publicidad, 2003.

- FLAR. *Fondo Latinoamericano de Reservas*. s.f. <<https://www.flar.net/contenido/default.aspx>>. Acceso: 27 de octubre de 2011
- Frank, Jonas. «Descentralización de Competencias: análisis comparativo.» *Procesos de Descentralización en la Comunidad Andina*. Ed. Fernando Carrión. Quito: FLACSO, 2003. 412-421.
- Girón, A. José. «Google Books.» s.f. <http://books.google.com.ec/books?id=DVLodc5piSwC&pg=PA125&lpg=PA125&dq=sentencia+donckerwolcke&source=bl&ots=uGVY-balt4&sig=kKaqHei6LMR69LHKhwveq8PHeuo&hl=es-419&ei=QcnDTtOZJMnpggfmtNHeDg&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CB4Q6AEwAA#v=onepage&q=>>. Acceso: 16 de noviembre de 2011
- Häberle, Peter y Markus Kotzur. *De la Soberanía al Derecho Constitucional Común: Palabras clave para un diálogo Europeo-Latinoamericano*. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- Hobbes, Thomas. *Leviatán*. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.
- Martínez Carrasco Pignatelli, José Miguel. «Los principios generales del Derecho Comunitario. En particular, los principios de efecto directo y primacía.» *Noticias de la Unión Europea* (1999).
- Martínez Estay, José Ignacio. «Univesidad de Sevilla.» s.f. <<http://personal.us.es/carrasco/constitucionaldosleccdieciseis.pdf>>. Acceso: 7 de Abril de 2011
- Millan Moro, Lucía. «Ministerio de la Presidencia.» s.f. *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*. <http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/5/RIE_011_002_055.pdf>. Acceso: 7 de Abril de 2011
- Novak Talavera, Fabián. «Comision Andina de Juristas .» s.f. <[http://190.41.250.173/informacionjuridica/modulojovenes/Docs/Parte4_sistema_andino/\(12\)%20la%20comunidad%20andina%20y%20su%20ordenamiento%20jur%C3%ADdico.pdf](http://190.41.250.173/informacionjuridica/modulojovenes/Docs/Parte4_sistema_andino/(12)%20la%20comunidad%20andina%20y%20su%20ordenamiento%20jur%C3%ADdico.pdf)>. Acceso: 30 de Agosto de 2011
- «Órgano Electoral Plurinacional, Tribunal Supremo Electoral.» s.f. <http://www.cne.org.bo>. <http://www.cne.org.bo/proces_electoral/RefConstitucion2009/documentos/CPEVigente.pdf>. Acceso: 4 de Agosto de 2011
- Pantoja Morán, David. *La idea de soberanía en el constitucionalismo latinoamericano*. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1973.

- Pérez de Nanclares , José Martín . «La Delimitación de Competencias entre la Unión Europea y los Estados Miembros: sobre el difícil equilibrio entre la flexibilidad, la eficacia y la transparencia.» *Revista de derecho Comunitario Europeo* (2002).
- Pérez Royo, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 8va. Madrid: Marcial Ponds, 2002.
- Pizzolo, Calogero. *Globalización e Integración, Ensayo de una Teoría General, Comunidad Andina - MERCOSUR, Unión Europea - SICA*. Buenos Aires: EDIAR, 2002.
- «Portal de la Unión Europea.» s.f. *Subsidiariedad*.
<http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/amsterdam_treaty/a27000_es.htm>. Acceso: 23 de noviembre de 2011
- Rojas Arroyo, Santiago. «CEPAL.» s.f. *Comisión Económica para América Latina y el Caribe*.
<<http://www.eclac.cl/brasil/noticias/paginas/2/22962/ROJAS-EXISTENCIA%20Y%20EFECTIVIDAD%20INSTITUCIONES%20SUPRANACIONALES.pdf>>.
Acceso: 30 de Agosto de 2011
- Rousseau, Jean-Jacques. *Du Contrat Social*. Barcelona: Ediciones Orbis, s.a., 1971.
- Salgado Espinoza, Oswaldo. *El ABC del Derecho para la Integración, El surco de la Neo-Integración*. Cuenca: EDISLAT, 2010.
- Sánchez Cordero, Olga. *La Constitución y los Tratados Internacionales*. Culiacán: Cuadernos Jurídicos, 1999.
- Sánchez Ruiz, Ana Isabel. *Federalismo e Integración Europea: La distribución de competencias en los sistemas Alemán y Comunitario*. Instituto Vasco de Administración Pública, 1997.
- Santer, Jacques. «*Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes*.» 2000.
<<http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/el-derecho-comunitario-instrumento-de-la-integracion-europea--0/html/>>. Acceso: 25 de Julio de 2011
- Sasaki Otani, María Ángela. «Sistema de sanciones por incumplimiento en materia económica en el ámbito internacioal y perspectivas para la Comunidad Andina.» 2011. *Repositorio Institucional del Organismo Academico de la Comunidad Andina, CAN*.
<<http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/2260>>. Acceso: 15 de febrero de 2012
- Sobrino , José Manuel. «El Derecho de Integración. Marco Conceptual y experiencia en la Unión Europea.» *Integración y Supranacionalidad: Soberanía y Derecho Comunitario en los Países Andinos*. Lima: Secretaría General de la Comunidad Andina y PCBA, 2001. 28-69.
- Sobrino Heredia, Jose Manuel. «UNIMEP.» s.f. *Universidade Metodista de Piracicaba*.
<<http://www.unimep.br/phpg/editora/revistaspdf/imp31art06.pdf>>. Acceso: 7 de Abril de 2011

- Tangarife T., Marcel. «La Supranacionalidad en el Constitucionalismo Latinoamericano: El caso de los Países Miembros de la Comunidad Andina.» *Integración y Supranacionalidad: Soberanía y Derecho Comunitario en los Países Andinos*. Lima: Secretaría General de la Comunidad Andina y PCAB, 2001. 121-135.
- Tangarife T., Marcel. «Sistema Jurisdiccional en el Proceso Andino.» *Integración y Supranacionalidad: Soberanía y Derecho Comunitario en los Países Andinos*. Lima: Secretaría General de la Comunidad Andina y PCAB, 2001. 156-208.
- Torres, Luis Fernando. *El Control de la Constitucionalidad en el Ecuador*. EDIPUCE, 1987.
- Tremps, Pablo Pérez, y otros. *Integración Política y Constitución*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2004.
- Tunkin, G.I. *El Derecho y la Fuerza en el Sistema Internacional*. Trad. Manuel Becerra Ramírez. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.
- UASB. *Universidad Andina Simón Bolívar*. s.f.
<<http://www.uasb.edu.ec/contenido.php?cd=1&pagpath=1&swpath=infb>>. Acceso: 27 de octubre de 2011
- UE. «CURIA.» s.f. *Tribunal de Justicia*.
<http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/#competences>. Acceso: 3 de Agosto de 2011
- UE, Legislación de la. *Official Website of the European Union*. s.f.
<http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/l14548_es.htm>. Acceso: 29 de Agosto de 2011
- «Universidad Externado de Colombia.» s.f. *Consejo Europeo de Birmingham, 16 de octubre de 1992. Conclusiones de la Presidencia*.
<http://portal.uexternado.edu.co/irj/portal/anonymous?guest_user=biblioteca&NavigationTarget=navurl://99b8d2bd118eda68fbf14380f1a877a1>. Acceso: 23 de noviembre de 2011
- Verdross, Alfred y Karl Zemanek. *Derecho Internacional Público*. Trad. Antonio Truyol y Sierra. Madrid: Aguilar, 1967.
- Villoro, Miguel. *Tres sentidos de la palabra soberanía*. México, D.F.: Revista de la Facultad de Derecho de México, UNAM. T. XII. No. 48, 1962.

Referencias web

Comunidad Andina, *Comunidad Andina: Organismo de integración económica y social* www.comunidadandina.org

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, *Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, www.tribunalandino.org.ec

Unión Europea, *Europa la web oficial de la Unión Europea* www.europa.eu

UNAM, *Biblioteca Jurídica Virtual* www.bibliojuridica.org

Corporación Andina de Fomento, *Corporación Andina de Fomento* www.caf.com

Fondo Latinoamericano de Reservas, *Fondo Latinoamericano de Reservas* www.flar.net

UASB, *Universidad Andina Simón Bolívar* <http://www.uasb.edu.ec> Universidad Andina Simón Bolívar.

Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

- Flaminio Costa vs. ENEL, Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1964. Asunto ECR 585 (6/64).
- Van Gend&Loos, Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de Febrero de 1963, Asunto N° 26-62.
- Simmenthal, Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de Marzo de 1978, Asunto N° 106/77.

Sentencias de Tribunal de Justicia Andino:

- Proceso 0002-IP-1988.
- Proceso 0003-AI-1996.
- Proceso 0001-IP-1987.
- Proceso 0002-IP-1990.
- Proceso 0007-AI-1999.

Comisión de la Comunidad Andina:

- Decisión 344

Secretaría General de la Comunidad Andina:

- Resolución 079 y Resolución 106.

ANEXOS

Resolución 079
12 de mayo de 1998

RESOLUCION 079

RESOLUCION 079

Dictamen 06-98 de Incumplimiento por parte del Gobierno del Perú en la aplicación de la Decisión 344, Régimen Común sobre Propiedad Industrial

LA SECRETARIA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA,

VISTOS: El artículo 52 del Acuerdo de Cartagena, los artículos 5 y 23 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, y la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena que contiene el Régimen Común sobre Propiedad Industrial; y,

CONSIDERANDO: Que, con fecha 24 de diciembre de 1992, el Gobierno de Perú promulgó el Decreto Ley N° 26017, que contenía la Ley General de Propiedad Industrial;

Que, con fecha 21 de octubre de 1993, la Comisión del Acuerdo de Cartagena aprobó la Decisión 344, Régimen Común sobre Propiedad Industrial, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 142 del 29 de octubre de 1993 y que sustituyó a la Decisión 313 de la Comisión;

Que, con fecha 20 de diciembre de 1993, mediante Resolución 8821-93-INDECOPI/OSD, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del Perú (INDECOPI), dispuso que, a partir del primero de enero de 1994, se aplicaran las normas contenidas en la Decisión 344;

Que, con fecha 23 de abril de 1996, el Gobierno peruano promulgó el Decreto Legislativo N° 823 -Ley de Propiedad Industrial-, el cual sustituyó al Decreto Ley 26017;

Que, con fecha 5 de junio de 1997, el Gobierno del Perú promulgó el Decreto Supremo N° 010-97-ITINCI, el cual contiene las normas para la adecuada aplicación del Decreto Legislativo N° 823 -Ley de Propiedad Industrial-;

Que en el artículo 2° del mencionado Decreto Supremo se establece que “la limitación establecida en el inciso d) del artículo 27° del Decreto Legislativo N° 823 no incluye a las invenciones relacionadas con o que hagan uso de programas de ordenador o soporte lógico”;

Que el artículo 3° de dicho Decreto Supremo dispone que “la limitación establecida en el inciso e) del artículo 28° del Decreto Legislativo N° 823 no incluye productos farmacéuticos que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 22° del Decreto Legislativo N° 823” (los requisitos son novedad, nivel inventivo y aplicación industrial);

Que en el artículo 4 del referido Decreto Supremo se señala lo siguiente: “aclárese que de conformidad con el artículo 43° del Decreto Legislativo N° 823 un uso distinto del comprendido en el estado de la técnica será objeto de nueva patente si cumple con los requisitos establecidos en el artículo 22° del Decreto Legislativo N° 823”;

Que el artículo 5° del mencionado Decreto Supremo establece que “de conformidad con el artículo 71° del Decreto Legislativo N° 823, la importación de un producto patentado, así como la importación de un producto obtenido a través de un

procedimiento patentado, serán suficientes para satisfacer la demanda del mercado de dicho producto”;

Que, con fecha 28 de enero de 1998, la Secretaría General de la Comunidad Andina remitió al Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Internacionales del Perú la Nota de Observaciones SG/AJ/F 027-98, en la cual se manifiesta que el Decreto Supremo N° 010-97-ITINCI pudiera estar modificando sustancialmente artículos de la Decisión 344 -Régimen Común sobre Propiedad Industrial-, teniendo en cuenta lo siguiente:

- a) Que no queda claro a qué se refiere el artículo 2 del Decreto Supremo N° 010-97-ITINCI al establecer que “la limitación establecida en el inciso d) del artículo 27° del Decreto Legislativo N° 823 no incluye a las invenciones relacionadas con o que hagan uso de programas de ordenador o soporte lógico”, toda vez que el artículo 27 inciso d) de la Ley y el artículo 6 inciso d) de la Decisión 344 disponen que “no se considerarán invenciones (...) los programas de ordenadores o soportes lógicos”;
- b) Que el artículo 3 del Decreto Supremo al establecer que “la limitación establecida en el inciso e) del artículo 28° del Decreto Legislativo N° 823 no incluye productos farmacéuticos que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 22° del Decreto Legislativo N° 823” (los requisitos son novedad, nivel inventivo y aplicación industrial) estaría contraviniendo los artículos 28 literal e) de la Ley y 7 literal e) de la Decisión 344 que disponen que no serán patentables “las invenciones relativas a productos farmacéuticos que figuren en la lista de medicamentos esenciales de la Organización Mundial de la Salud”;
- c) Que el artículo 4 del Decreto Supremo al disponer que “de conformidad con el artículo 43° del Decreto Legislativo N° 823 un uso distinto del comprendido en el estado de la técnica será objeto de nueva patente si cumple con los requisitos establecidos en el artículo 22° del Decreto Legislativo N° 823”, resultaría contrario a los artículos 22, 23 y 43 de la Ley y al artículo 1° de la Decisión, ya que no sería posible que un producto ya patentado pueda volver a obtener este derecho por el simple hecho de atribuírsele un nuevo uso;
- d) Que el artículo 5 del Decreto Supremo al disponer que “de conformidad con el artículo 71° del Decreto Legislativo N° 823, la importación de un producto patentado, así como la importación de un producto obtenido a través de un procedimiento patentado, serán suficientes para satisfacer la demanda del mercado de dicho producto”, reduce sólo un tipo de operación comercial, la importación, para dar cumplimiento al requisito de explotación previsto en el artículo 38 de la Decisión 344. La norma comunitaria hace mandatoria la realización conjunta de tres tipos de operaciones (importación, distribución y comercialización), las cuales deben realizarse además en forma suficiente para satisfacer la demanda del mercado;

Que en la mencionada Nota de Observaciones, y conforme a lo establecido en el artículo 23 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, se otorgó al Gobierno del Perú un plazo de 30 días para su contestación;

Que, con fecha 24 de marzo de 1998, habiendo vencido en exceso el plazo concedido, el Gobierno del Perú remitió el fax N° 057-97-MITINCI/VMTINCI, en el cual se adjunta el Informe N° 001-1998/TPI, dando respuesta a la Nota de Observaciones SG/AJ/F 027-98;

En su respuesta el Gobierno del Perú manifestó lo siguiente:

1. Con relación al artículo 2, referido a los programas de ordenador, considera que “el Régimen Común Andino en materia de propiedad intelectual ha optado por conceder **exclusivamente** a los **programas de ordenador o el soporte lógico** una protección de derechos de autor (...)” y que “la exclusión a la que se refiere el art. 6 inciso d) de la Decisión 344 sólo comprende a los programas de ordenador o el soporte lógico **como tales**, y no a inventos desarrollados en base a programas de ordenadores”, agregando además que “el art. 2 simplemente ha aclarado que esta exclusión no alcanza a las invenciones **relacionadas con** los programas de ordenador o el soporte lógico ni a las **que hagan uso de** los mismos, que de cumplir con los requisitos establecidos en el art. 1º de la Decisión 344 podrían ser patentables”;
2. Con respecto al artículo 3 del Decreto Supremo -relativo a la prohibición de patentabilidad de invenciones relativas a productos farmacéuticos que figuren en la Lista de Medicamentos Esenciales de la Organización Mundial de la Salud (OMS)- señala que considerando que el Tribunal Andino en el Proceso 6-IP-94 determinó que la Lista de medicamentos esenciales de la OMS a la que se refiere el artículo 7 inciso e) de la Decisión 344 es la 7ª Lista de Drogas Esenciales, la prohibición contenida en dicha norma no tiene en la práctica relevancia alguna, por cuanto los productos contenidos en dicha lista ya han perdido novedad y por lo tanto no son patentables; y, asimismo, que “en la medida que el alcance de esta norma generaba desconcierto en la industria farmacéutica y que el Acuerdo sobre los ADPIC¹ no prevé una excepción como tal, una disposición como la del inciso e) igual debería ser suprimida a más tardar antes del año 2000. En tal sentido era conveniente en el interín realizar una interpretación restrictiva del inciso e)”;
3. En relación con el artículo 4 del Decreto Supremo, que aclara el artículo 43 del Decreto Legislativo 823 -relativo al otorgamiento de patentes por nuevos usos- se señala que “el objetivo del artículo 16 de la Decisión 344 fue dejar en claro que un producto o procedimiento ya patentado no podrá ser objeto de una nueva patente, por **el simple hecho de atribuirse un uso distinto** al originalmente comprendido en la patente inicial. Si bien esta norma es coherente con el sistema de patentes andino y de derecho comparado, la experiencia había demostrado que el alcance de la misma no era claro. Así, algunos agentes económicos entendían que **todo uso** posterior de un producto o procedimiento ya patentado, estaba excluido del campo de la patentabilidad.” Se agrega además que “técnica y económicamente no existe impedimento alguno para que un uso posterior de un producto o procedimiento ya patentado sea objeto de una patente si cumple con los requisitos de patentabilidad del art. 1º de la Decisión 344”, y en virtud de esas consideraciones se quiso realizar una aclaración del art. 16 de la Decisión 344;
4. Con respecto al artículo 5 del Decreto Supremo, que dispone que la importación es criterio suficiente para que se configure la explotación de productos o procedimientos, el Gobierno del Perú considera que “el objetivo de la norma fue buscar que en el mercado de los productos patentados la cantidad ofrecida sea suficiente para satisfacer la cantidad demandada en el mercado” y además teniendo en cuenta que muchos de los productos patentados importados no requieren de canales de comercialización y distribución para entrar al mercado, se ha interpretado que basta la importación para satisfacer la demanda del mercado de dicho producto;

¹ Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio de la Organización Mundial del Comercio.

En consecuencia el Gobierno del Perú considera que el Decreto Supremo no entra en conflicto en ninguna de sus disposiciones con el Régimen Común Andino, sino solamente interpreta ciertas normas de la Decisión 344 sin modificar, agregar o suprimir criterios sobre aspectos regulados por la legislación comunitaria;

Que, respecto a la primera observación realizada por la Secretaría General de la Comunidad Andina, en efecto se puede colegir de la norma contenida en el artículo 6 inciso d) de la Decisión 344 que lo que se busca es excluir de la protección por derecho de propiedad industrial a los programas de ordenador y soporte lógico como tales, más no a invenciones que tengan relación con dichos programas o a aquellas que se valgan de dichos programas para crear nuevos productos o procedimientos, de tal modo que el artículo 2 del Decreto Supremo 010.97-ITINCI estaría en concordancia con el ordenamiento andino;

Que en relación con la segunda observación realizada por la Secretaría General, es claro que la prohibición contenida en el literal e) del artículo 28) del Decreto Legislativo N° 823 y del literal e) del artículo 7 de la Decisión 344, excluye de la patentabilidad a “las invenciones relativas a productos farmacéuticos que figuren en la lista de medicamentos esenciales de la Organización Mundial de la Salud”. De este modo, el artículo 3 del Decreto Supremo, no modifica en sustancia los objetivos de la Decisión 344 por cuanto los productos incluidos en la Séptima Lista de Drogas Esenciales de la OMS no son patentables *per se*. Sin embargo, a pesar de no existir incompatibilidad sustantiva entre el artículo 3º del Decreto Supremo y el literal e) del artículo 7 de la Decisión 344, la norma nacional modificaría formalmente lo dispuesto en la norma comunitaria por vía de una llamada “interpretación restrictiva” incluida en una norma que tiene nivel reglamentario con relación a la norma comunitaria, que tiene nivel supranacional. Debe precisarse también que el procedimiento interpretativo está reservado al Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena a través de la interpretación prejudicial;

Que con respecto a la tercera observación de la Secretaría General, puede interpretarse que la norma contenida en el artículo 16 de la Decisión 344 busca impedir el patentamiento de productos o procedimientos que se encuentren en el estado de la técnica más no así de productos o procedimientos que cumplan con los requisitos exigidos en el artículo 1 de la Decisión 344, de tal modo que el artículo 4 del Decreto Supremo 010-97-ITINCI estaría en concordancia con el ordenamiento andino;

Que en relación con la cuarta observación de la Secretaría General, es claro que como se señaló en la Nota de Observaciones SG/AJ/F 027-98 los requisitos para determinar la explotación de la invención patentada establecidos en la norma comunitaria involucran tres tipos de operaciones (importación, comercialización y distribución) y no únicamente a la importación, tal como lo dispone el artículo 5 del Decreto Supremo 010-97-ITINCI; además estas operaciones deben realizarse de forma tal que se satisfaga la demanda del mercado. No resulta exacto señalar que basta la importación para introducir un producto en la corriente comercial por cuanto la operación de importación, en sentido estricto, culmina con la operación de levante en aduanas, la cual es previa a la introducción del producto en el mercado nacional. En todo caso, aún de admitirse tal argumento como válido, esta situación no podría generalizarse a los productos que sí requieren de la comercialización y distribución para su ingreso en las corrientes comerciales. Nuevamente, es necesario reiterar que una norma reglamentaria no puede, por vía de interpretación, modificar el contenido de una norma superior, más aún cuando ésta tiene el carácter de ser norma supranacional. En tal sentido, no pudiendo una norma nacional restringir ni limitar el campo de acción enmarcado en la norma del artículo 38 de la Decisión 344, se configuraría una transgresión de la normativa comunitaria;

Que, conforme a lo dispuesto en el literal c) del Artículo 1 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, las Decisiones de la Comisión forman parte del ordenamiento jurídico comunitario. En ese sentido, el Artículo 3 del referido Tratado establece que “las Decisiones de la Comisión serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior”;

Que, en la Sentencia del Proceso 2-N-86, de fecha 10 de junio de 1987 y publicada en la Gaceta Oficial Nº 21 del 15 de julio de 1987 el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena declaró que “el Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena es imperativo, de aplicación obligatoria en todos los Países Miembros y que debe ser respetado y cumplido por todos ellos y por supuesto por los Órganos del Acuerdo, lo mismo que por todos los Organismos y funcionarios que ejercen atribuciones conforme a dicho Ordenamiento, el cual regula el proceso de la integración que se cumple en una comunidad de Derecho, cual es la constituida en el Pacto Andino”; y

Que, conforme a lo establecido en el artículo 23 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, “cuando la Junta considere que un País Miembro ha incurrido en incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, le formulará sus observaciones por escrito. El País Miembro deberá contestarlas dentro de un plazo compatible con la urgencia del caso, que no excederá de dos meses. Recibida la respuesta o vencido el plazo, la Junta emitirá un dictamen motivado...”;

RESUELVE:

Artículo 1.- Dictaminar que las disposiciones contenidas en el artículo 5 del Decreto Supremo 010-97-ITINCI contravienen lo dispuesto por el artículo 38 de la Decisión 344, configurándose un incumplimiento por parte del Gobierno del Perú, de obligaciones derivadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Artículo 2.- En cumplimiento del artículo 17 del Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General, comuníquese a los Países Miembros la presente Resolución.

Dada en la ciudad de Lima, Perú, a los doce días del mes de mayo de mil novecientos noventa y ocho.

SEBASTIAN ALEGRETT
Secretario General

Resolución 106
24 de julio de 1998

RESOLUCION 106

RESOLUCION 106

Recurso de Reconsideración presentado por el Gobierno del Perú en contra de la Resolución 079, que contiene el Dictamen 06-98 por incumplimiento en la aplicación de la Decisión 344, que aprueba el Régimen Común sobre Propiedad Industrial

LA SECRETARIA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA,

VISTOS: El Artículo 52 del Acuerdo de Cartagena, los Artículos 5 y 23 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena que aprueba el Régimen Común sobre Propiedad Industrial, y la Decisión 425 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, que aprueba el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina; y,

CONSIDERANDO: Que, con fecha 5 de junio de 1997, el Gobierno del Perú promulgó el Decreto Supremo N° 010-97-ITINCI, el cual contiene las normas para la adecuada aplicación del Decreto Legislativo N° 823 -Ley de Propiedad Industrial-;

Que, con fecha 28 de enero de 1998, la Secretaría General de la Comunidad Andina remitió la Nota de Observaciones SG/AJ/F 027-98, refiriéndose al posible incumplimiento de normas del ordenamiento jurídico comunitario que contendría el Decreto Supremo N° 010-97-ITINCI;

Que, con fecha 24 de marzo de 1998, el Gobierno del Perú remitió el fax N° 57-97-MITINCI/VMTINCI, con los descargos correspondientes a la Nota de Observaciones de la Secretaría General;

Que, con fecha 12 de mayo de 1998, se publicó en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena la Resolución 079 que contiene el Dictamen 06-98 de Incumplimiento por parte del Gobierno del Perú en la aplicación de la Decisión 344, Régimen Común sobre Propiedad Industrial, en la cual luego de considerar los descargos del Gobierno del Perú dispuso que el artículo 5 del Decreto Supremo N° 10-97-ITINCI configura un incumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, en especial del artículo 38 de la Decisión 344;

Que, con fecha 25 de junio de 1998, el Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales remitió a la Secretaría General la comunicación N° 137-98-MITINCI-VMTINCI, mediante la cual presentan recurso de reconsideración de la Resolución 079 de la Secretaría General;

Que en el recurso de reconsideración se plantea que el artículo 5° del Decreto Supremo N° 10-97-ITINCI establece que "De conformidad con el artículo 71° del Decreto Legislativo N° 823, la importación de un producto patentado, así como la importación de un producto obtenido a través de un procedimiento patentado, serán suficientes para satisfacer la demanda del mercado de dicho producto". Al respecto, el Gobierno del Perú en su respuesta a la Nota de Observaciones SG/AJ/F 027-98 había señalado que "el objetivo de la norma fue buscar que en el mercado de los productos patentados la cantidad ofrecida sea suficiente para satisfacer la cantidad demandada en el mercado" y que "existen muchos productos patentados importados cuyo intercambio se efectúa de manera directa entre el proveedor y demandante. En ese sentido, no se

requiere de canales de comercialización y distribución para su explotación en el mercado”, concluyendo que “el Decreto Supremo no entra en conflicto en ninguna de sus disposiciones con el Régimen Común Andino”;

Que, en el recurso de reconsideración, el Gobierno del Perú señala que el término “importación” puede entenderse en términos más amplios que podrían adecuarse a la norma comunitaria, para lo cual indica que “la definición de importación considerada en el artículo 5º del Decreto Supremo N° 10-97-ITINCI, es de carácter amplio y alude, en términos generales, al ingreso legal de productos provenientes del exterior destinados al consumo” y que “esta definición no distingue entre consumo intermedio y consumo final, refiriéndose en términos genéricos ‘a la actividad de consumo’ que puede ser realizada tanto por empresas (distribuidores, comercializadoras mayoristas o minoristas) como por consumidores finales”, concluyendo que “la importación de un producto hecha de forma suficiente para satisfacer la demanda del mercado, implica necesariamente su consumo intermedio o final, según sea el caso, siempre y cuando se haya efectuado de manera suficiente para satisfacer la demanda de mercado de los productos intermedios o finales”;

Que, de acuerdo con la vigésima primera edición del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, el término “importar” se define como “introducir en un país géneros, artículos o costumbres extranjeros”. Del mismo modo, el Glosario de Términos Aduaneros Latinoamericano de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) define el término “importación” como la “entrada de cualquier mercadería en un territorio aduanero”. Adicionalmente, el Glosario de Términos Aduaneros de la Secretaría del Convenio Multilateral sobre Cooperación y Asistencia mutua entre las Direcciones Nacionales de Aduanas de América Latina, España y Portugal define a la “importación” como la “acción de introducir en un territorio aduanero una mercancía cualquiera”. Así pues se concluye que el acto de importación se distingue claramente de los actos que implican el posterior uso del producto en el mercado interno;

Que, en el mismo sentido, el artículo 38 de la Decisión 344, que a la letra dice que “... se entenderá por explotación la importación, junto con la distribución y comercialización del producto patentado, cuando ésta se haga de forma suficiente para satisfacer la demanda del mercado”, distingue entre los actos de importación, distribución y comercialización de un producto;

Que en el Dictamen N° 06-98 de Incumplimiento se expuso claramente que “los requisitos para determinar la explotación de la invención patentada establecidos en la norma comunitaria involucran tres tipos de operaciones (importación, comercialización y distribución) y no únicamente a la importación, tal como lo dispone el artículo 5 del Decreto Supremo 010-97-ITINCI; además estas operaciones deben realizarse de forma tal que se satisfaga la demanda del mercado”. En este sentido, la “explotación” tiene lugar cuando se importa la mercancía y ésta se coloca en forma suficiente en el mercado o cuando se produce la mercancía y ésta se coloca en forma suficiente en el mercado. En ambos casos, la colocación de la mercancía en el mercado se realiza a través de la comercialización y distribución de la misma;

Que, de una comparación entre el artículo 5 del Decreto Supremo 010-97 y del artículo 38 de la Decisión 344, queda claro que el concepto de importación establecido en la norma peruana se refiere, como su propio Gobierno lo señala, al “ingreso legal al territorio nacional de mercancías extranjeras, para su uso o consumo en el país”, mas no comprende los requisitos de comercialización, distribución y suficiencia (satisfacción del mercado) que la norma comunitaria exige para que se configure la explotación;

Que, en consecuencia, es necesario reiterar lo expuesto en el propio Dictamen 06-98 de Incumplimiento en el sentido que “una norma reglamentaria no puede, por vía de interpretación, modificar el contenido de una norma superior, más aún cuando ésta tiene el carácter de ser norma supranacional. En tal sentido, no pudiendo una norma nacional restringir ni limitar el campo de acción enmarcado en la norma del artículo 38 de la Decisión 344, se configuraría una transgresión de la normativa comunitaria”;

Que, conforme a lo dispuesto en el literal c) del Artículo 1 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, las Decisiones de la Comisión forman parte del ordenamiento jurídico comunitario. En ese sentido, el Artículo 3 del referido Tratado establece que “las Decisiones de la Comisión serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior”;

Que, conforme al artículo 44 de la Decisión 425 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena en materia del Recurso de Reconsideración, “el Secretario General deberá resolver el recurso dentro de los treinta días siguientes al recibo del mismo”;

RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar infundado el recurso de reconsideración solicitado por parte del Gobierno del Perú, confirmando en todas sus partes lo dispuesto por la Resolución 079, que contiene el Dictamen 06-98 de incumplimiento por parte del Gobierno del Perú en la aplicación de la Decisión 344, Régimen Común sobre Propiedad Industrial.

Artículo 2.- En cumplimiento del artículo 17 de la Decisión 425, comuníquese a los Países Miembros la presente Resolución, la cual entrará en vigencia a partir de su fecha de publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Dada en la ciudad de Lima, Perú, a los veinticuatro días del mes de julio de mil novecientos noventa y ocho.

VICTOR MANUEL RICO FRONTAURA
Director General
Encargado de la Secretaría General